Rechtsfragen beim Fernsprecher.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Kurt Walter

Gerichtsreferendar aus Johannisburg

Marburg 1934
Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 10. Oktober 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

Meinen lieben Eltern zugeeignet!

Schrifttum.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Biermann: Bürgerliches Recht, Band 1, 1908.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1921.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1900.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Band 1, 1902.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 1930.
" Band 4, 3. Auflage, 1932.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 1, 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1931.
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB., 1900.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 1928.
Jung: Das Bürgerliche Recht in Stammlers, Das Gesamte Recht, 1931.
Leonhard, F.: Allgemeines Schuldrecht des BGB., 1929.
Neufeld-Schwarz: Das Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, Berlin 1931.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgem. Teil, 1927.
Planck: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 1913.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB., 7. Auflage, 1929.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 4. Auflage, 1929.
Staub: Kommentar zum HGB., Band 1, 14. Auflage, 1932.
" Band 3, 1933.
Staudinger: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 1925.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil zum BGB., 2. Auflage.
Warneyer: Kommentar zum BGB., 1927.

II. Abhandlungen und dergl.

Ameis, Karl: Die Telegrammverstümmelung und ihre rechtlichen Folgen. Dissertation Würzburg 1923.
Bienengräber, Günther: Der Fernsprecher im Recht. 1928.
Bongardt, Wilhelm: Über Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen mittels Fernsprecher. Dissertation Rostock 1919.
Breit, James: Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung, in Seuff., Bl. f. Rechtsanw., 1906, Seite 589 ff.
Bruhn, Otto: Beiträge zur Lehre vom Abschluß der Verträge durch Telephon. Dissertation Erlangen 1905.
Cohn: Der Empfangsbote, 1927.
Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Auflage, Jena 1911.

Dötzer, Karl: Der Empfangsbote. Dissertation Marburg 1930.
Entzeroth, August: Die rechtliche Wirksamkeit von Ferngesprächen. Diss. Marburg 1933.
Feyerabend: 50 Jahre Fernsprecher in Deutschland. Berlin 1927.
Giesecke, Karl: Der Fernsprecher im Rechtsverkehr. Leipzig 1906.
Habicht: Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, in DJZ. 1901, Seite 265 ff.
Hellwig: Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen, in JW. 1905, Seite 356 ff.
Hölder: Über Willenserklärungen mittels Fernsprechers, in DJZ. 1901, Seite 157.
„ in Festgabe für Degenkolb, 1905, Seite 93 ff.
Joerges: Zum Recht des Fernsprechverkehrs, in ZHR., Bd. 56, S. 44 ff.
Jung: Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.
„ in Gießener Festgabe für Dernburg.
„ in Archiv für ziv. Praxis, Band 111.
Koppers: Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen, in Gruchot Band 46, Seite 225 ff.
Kunstmann, Adolf: Das „Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130/31 BGB, Erlangen 1906.
Kutzner, Hans: Die Verhinderung des Zugehens einer fernmündlichen Annahmeerklärung durch den Antragsteller. Dissert. Breslau 1928.
Leeser: Der verspätete Zugang einer befristeten Annahmeerklärung, in J. W. 1921, Seite 267.
Lehmann, Heinrich: Die Unterschrift im Tatbestande der schriftlichen Willenserklärung. Dissertation Bonn 1904.
Manigk: Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, ein Beitrag zur Methodik des Vertrauensschutzes, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Band 2, Marburg 1931.
„ Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Neugebauer, Eberhard: Fernmelderecht mit Funkrecht. 3. Auflage, Berlin 1929.
Oertmann: Fernsprechverkehr, rechtliche Bedeutung in Karten-Auskunftei des Bankwesens, Heft 13, 1920, Blatt 7.
„ Mißverständnis im Fernsprechverkehr, in Gesetz und Recht 1926, Seite 97 ff.
„ Zugehen und Vernehmen, in Recht 1906, Seite 721 ff.
Regelberger: Die Erklärung der Annahme eines Vertragsangebotes durch den Fernsprecher, in Bank-Archiv 1910, Seite 273 ff.
Sander, Werner: Rechtsgeschäfte durch den Fernsprecher. Diss. Göttingen 1930.
Senftleben, Werner: Rechtsgeschäfte durch den Fernsprecher. Göttingen 1931.
Siegel, Julius: Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, in Arch. f. ziv. Pr., Band 111, Seite 1 ff.
Sokolowski, John: Willenserklärung mittels Fernsprechers und Ferndruckers, Rostock 1908.
Schäfer, Wilhelm: Der Vertragsschluß mittels Fernsprechers unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Dissertation Göttingen 1931.
Scholz, Franz: Das Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. V 2, Seite 575 ff. 1915.
Titze: Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
„ Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, in Iher. Jahrb., Band 47, Seite 379 ff.
Weißenberg, Friedrich: Die Rechtsstellung des Antragempfängers. Breslau 1927.

III. Verschiedenes.

Archiv für zivilistische Praxis (Arch. f. ziv. Pr.)
Bank-Archiv
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Gesetz und Recht.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik d. Bürgerlichen Rechts (Iher. Jahrb.).
Juristische Rundschau (Jur. Rundschau).
Juristische Wochenschrift (JW).
Karten-Auskunftei des Bankwesens (Kart. Ausk.).
Motive.
Protokolle.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Recht).
Schleswig-Holsteinischer Anzeiger (Schl.-Holst. Anz.).
Seufferts Archiv (Seuff. Arch.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR.).

Gliederung des Inhalts.

1. Abschnitt: Entwicklung und Bedeutung von Telegraphie und Telephonie 9
2. Abschnitt: Der Abschluß eines Vertrages durch Fernsprecher 10
3. Abschnitt: Das Wirksamwerden von empfangsbedürftigen fernmündlichen Willenserklärungen unter Berücksichtigung des Eintritts Dritter 18
4. Abschnitt: Verhinderung des Wirksamwerdens fernmündlicher Willenserklärungen durch den Erklärungsempfänger 35
5. Abschnitt: Mißverständnisse und Irrtümer beim Geschäftsverkehr durch Fernsprecher 43
6. Abschnitt: Der Fernsprecher bei der Zustellung von Telegrammen 50
7. Abschnitt (Anhang): Das Telegramm als schriftliche Willenserklärung in gesetzlicher Form 58

1. Abschnitt.

Hundert Jahre sind verflossen, seit es den Göttinger Gelehrten Gauß und Weber gelang, am 6. Mai 1833 auf elektrischem Wege Zeichen zu übermitteln. Dieser Erfindung war es beschieden, von der Nachrichtenübermittlung aufgenommen zu werden und sie in bisher unbekannte Bahnen zu lenken, die eine große Betätigungsmöglichkeit versprachen. Wenn die Nachrichtenübermittlung zunächst jedoch nur auf die Telegraphie beschränkt gewesen ist, so blieb es doch schließlich nur eine Frage der Zeit, um auch das gesprochene Wort von einer Sprechstelle zu einer anderen gelangen zu lassen. Denn die grundlegende Erfindung war vorhanden. Trotzdem dauerte es noch fast drei Jahrzehnte bis es wiederum einem Deutschen, dem Lehrer und Physiker Philipp Reis aus Friedrichsdorf im Taunus beschieden war, nun auch das gesprochene Wort übermitteln zu können. Den ersten Fern„sprecher" nannte Reis Telephon.

Mit der Intensivierung des Wirtschaftslebens im 19. und 20. Jahrhundert gewannen Zeit und Raum in stetig steigendem Maße an Bedeutung. Damit war der Boden für eine immer größere Inanspruchnahme und Ausgestaltung von Telegraphie und Telephonie, dieser neuartigen Nachrichtenübermittler, geebnet worden. Es ist sogar dahin gekommen, daß das moderne Wirtschafts- und Verkehrsleben ohne diese Erfindungen nicht mehr auszukommen vermögen. Aus dem „Spielzeug" ist für den Gewerbetreibenden wie für das öffentliche Leben wie aber auch für den Privatmann ein unerläßliches, notwendiges Hilfsmittel in der Nachrichtenübermittlung geworden. Der Fernsprecher bildet gewissermaßen den Ausgangspunkt einer großen Umwälzung in den bisherigen Mitteln zum Austausch von Nachrichten und einer grundsätzlichen Neugestaltung der Beziehungen der Menschen untereinander[1]).

Telegraph und Fernsprecher fanden jedoch auch ihre juristische Würdigung, da die beginnende reichsrechtliche Rechtsgestaltung nicht achtlos an den neuen Verkehrsmitteln vorübergehen konnte und im Grunde auch nicht wollte. In weiser Voraussicht und Selbstbeschränkung hat man aber keine starren bis ins Einzelne gehende Rechtsnormen erlassen; denn Erfindungen, die in der Entwicklung und Vervollkommnung sich befinden, lassen sich nicht von vornherein in fest bestimmte Rechtsformen zwängen. Daher erklärt es sich, daß Fernsprecher und Telegraph nur je einmal im Bürgerlichen Gesetzbuch erwähnt werden. Damit sind aber nicht alle Fragen gelöst worden, zumal die gesetzlichen Bestimmungen selbst

1) Feyerabend a.a.O., Seite 197.

nicht eindeutig sind, die sich aus einer auf elektrischem Wege übermittelten Nachricht ergeben. Daneben bestehen technische Unvollkommenheiten der Übertragung, die ein technischer Betrieb nun einmal mit sich bringt und die zu Irrungen, Unklarheiten und Mißverständnissen notgedrungen führen müssen. Diesem Übelstand suchen die Post- und Telegraphenverwaltungen aller Länder im Verein mit rastlosem Erfindergeist entgegenzutreten. Die Gesprächsvermittlungsstelle im Ortsverkehr hat dem Selbstanschlußamt Platz gemacht. Atmosphärische Störungen werden auf das geringst mögliche Maß herabgedrückt. Ein mangelhafter Zustand der Apparate und Leitungen wird beseitigt. In der neuesten Zeit ist es nun gelungen, sogar die Teilnehmer eines Ferngesprächs während des Sprechens einander sichtbar zu machen. Der „Fernschreiber" endlich, das Allerneueste auf dem Gebiet der Nachrichtenübermittlung, ersetzt die Morsezeichen durch Buchstaben, die Typen der Schreibmaschine. Ganz jedoch lassen sich Irrtümer und Unklarheiten nicht vermeiden oder technisch beseitigen, zumal wenn sie durch undeutliches Sprechen oder ein schlechtes Gehör verstärkt werden.

2. Abschnitt.

Die einzige für den Fernsprecher im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Bestimmung findet sich im Vertragsrecht. Für den Vertragsschluß mittels Fernsprechers soll nichts anderes gelten, als was das Gesetz in § 147 Abs. I Satz 1 allgemein von einem Vertragsantrage unter Anwesenden sagt. Das BGB selbst gibt keine Begriffsbestimmung eines Vertrages. Doch ist man sich in Wissenschaft und Rechtsanwendung darüber einig, was unter einem Vertrage zu verstehen ist. Er enthält sich entsprechende übereinkommende Willenserklärungen zweier oder mehrerer Parteien, die eine Rechtswirkung hervorrufen wollen[1]). Über den Begriff und die Bedeutung einer Willenserklärung, dem wesentlichsten Teil des Rechtsgeschäftes, herrscht lebhafter Streit, dessen Erörterung jedoch hier nicht erfolgen kann. Eine Willenserklärung ist eine auf Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung[2]); und zwar bringt nicht der Geschäftswille — der Wille dieses bestimmte Rechtsgeschäft zu schließen — sondern die Äußerung, die Erklärung die Rechtsfolgen hervor[3]). Ein Vertrag kommt zustande, wenn der dem einen Teile gemachte Vertragsantrag von dem anderen angenommen wird. Die Möglichkeit einer rechtzeitigen rechtswirksamen Vertragsannahme hängt von der Deuer der Unwiderruflichkeit des Vertragsangebotes ab. Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden (§ 147 I 1 BGB).

1) Enneccerus a.a.O., § 137 II.
2) Enneccerus a.a.O., § 136 II.
3) Leonhard a.a.O. I § 123 Seite 272.

Für den Abschluß eines Vertrages mittels Fernsprecher bestimmt nun das Gesetz, daß die Vorschrift des § 147 I 1 BGB auch gelte für den von Person zu Person mittels Fernsprechers gemachten Antrag. Was bedeutet das nun? Ist der durch den Fernsprecher geschlossene Vertrag ein Vertrag unter Anwesenden oder wird es nur so angesehen, als ob er unter Anwesenden geschlossen ist. Der Entwurf I hat noch keine Bestimmung über eine fernmündliche Willenserklärung enthalten, da es von der Beschaffenheit des einzelnen Falles abhänge, ob man allgemein die so erfolgende Willenserklärung als unter Anwesenden oder unter Abwesenden erfolgend ansehen müsse. Der Gesichtspunkt, ob die Beteiligten in solcher körperlichen Nähe sich befänden, daß sie von Person zu Person verhandeln können, sei nicht ohne weiteres verwertbar für diejenigen Willenserklärungen, die im Wege des unmittelbaren fernmündlichen Verkehrs abgegeben werden, da diese Voraussetzung nicht vorliege. Andererseits spräche manches für die Anwendung der Grundsätze des mündlichen Erklärens auf diesen Verkehr[4]). Die zweite Kommission sah sich infolge der immer größer werdenden Bedeutung des Fernsprechwesens für den Rechtsverkehr gezwungen, zu der zweifelhaften Frage positiv Stellung zu nehmen. Sie entschied sich dafür, daß der telephonische Verkehr rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden zu gelten habe. Zwar sei eine körperliche Anwesenheit in gewöhnlichem Sinne nicht vorhanden. Das Entscheidende sei aber, daß, wie bei Anwesenden, ein mündlicher unmittelbarer Verkehr ermöglicht sei, Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen könne. Es genüge jedoch, wenn diese Gleichstellung mit dem Verkehre unter Anwesenden ausdrücklich nur hinsichtlich der Annahme eines Vertragsangebotes geschehe[5]). Es ist daher an den § 83 (jetzt § 147) die Anfügung beschlossen worden, dies gelte insbesondere von einem mittels Fernsprechers gemachten Antrage. Damit hat jedoch der Vertragsschluß mittels Fernsprechers nur als ein solcher unter Abwesenden anerkannt werden können. Das beweist neben der ganzen Fassung des Satzes die Ersetzung des Wortes „insbesondere" durch das Wort „auch". Hätte man den Vertragsschluß mittels Fernsprechers zu einem Vertrage unter Anwesenden erheben wollen, so wäre die Fassung des zweiten Satzes des Absatz 1 eine andere gewesen. Der Vertrag würde dann nicht nur „gelten", sondern er *wäre* ein Vertrag unter Anwesenden. Des zweiten Satzes hätte es dann nicht mehr bedurft, da er andernfalls in dem Wortlaut des ersten Satzes als Nachsatz hätte aufgenommen werden können[6]). Denn gerade wegen der Abwesenheit bediene man sich des Fernsprechers[7]).

4) Motive Seite 160 zu § 74 (jetzt § 130).
5) Protokolle zu § 83, Seite 78/79.
6) So auch Senftleben a.a.O., Seite 11 und 14.
7) Titze Seite 201 Anm. 14.

Auch läßt sich durch keine juristische Kunst eine Erklärung mit Hilfe des Fernsprechers zu einer Erklärung unter Anwesenden machen[8]).

Nun gilt ein Vertragsschluß der mittels Fernsprechers von Person zu Person geschlossen ist, bezüglich der Bindungsdauer der Offerte grundsätzlich als ein solcher unter Anwesenden. Das bedeutet, daß die gesetzlichen Bestimmungen soweit solche vorhanden sind oder sich logisch aus dem Zusammenhange ergeben, die für die Annahme des Antrages unter Anwesenden gegeben sind, auch für fernmündliche Vertragsabschlüsse zu gelten und damit zur Anwendung zu kommen haben. Wie ein Vertragsangebot unter Anwesenden, das an keine Frist gebunden ist, nur „sofort" angenommen werden kann, so hat gleiches für das mittels Fernsprechers gemachte Angebot zu gelten. Das Erfordernis der „sofortigen" Annahme gibt aber gerade im Fernsprechverkehr zu grundsätzlichen Zweifeln Veranlassung[9]). Eine Klärung kann nur auf Grund des Gesetzes erfolgen. Der Sinn des Gesetzes allein gewährleistet eine billige und richtige Auslegung. Darüber ist man sich fast einig[10]), daß „sofort" nicht gleichbedeutend mit „unverzüglich" ist, das im Anfechtungsrecht wie im Vertragsrecht in dem § 147 folgenden § 149 z. B. eine Rolle spielt. Beide Ausdrücke haben eine verschiedene Bedeutung. Das folgt zunächst rein äußerlich aus der Sprache des Gesetzes, das sorgfältig und bewußt eine Unterscheidung zwischen diesen Ausdrücken macht. Ferner besteht eine sprachliche Verschiedenheit. Dem Worte „sofort" fehlt anders als bei dem Worte „unverzüglich", das, „ohne schuldhaftes Zögern" mit „Verzug" zusammenhängt die Beziehung auf das beteiligte Subjekt und sein etwaiges Verschulden. Aus inneren Gründen ferner soll der Antragende selbst auch nicht einmal dadurch, daß der Erklärungsempfänger schuldlos an der Abgabe der Annahmeerklärung verhindert worden ist, belastet werden. Bei einer sofort zu erfolgenden Annahme ist für eine Verspätung schon für genügend zu erachten, daß eine nur objektive Verzögerung der Annahme des Vertragsangebotes vorgelegen habe[11]). Diese Auffassung erhält ebenfalls eine rechtsgeschichtliche Stütze. Der Standpunkt des Antragenden sei für die Beurteilung maßgebend, ob eine nach § 83 (jetzt § 147 Abs. II BGB) bemessene Frist eingehalten sei; denn die Billigkeit erfordere nach der Stellung der Frist, daß die Dauer des für den Antragenden nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes von ihm übersehen werden könne[12]). Auch unterstelle das Gesetz, daß nach dem Willen des Antragenden dem Empfänger soviel Zeit verbleiben solle, als unter regelmäßigen Umständen zum Eintreffen der Antwort nötig sei. Damit sei aber

8) Oertmann a.a.O., Seite 461.
9) Schäfer a.a.O., Seite 14.
10) h. M.: Planck § 147 Anm. 1; Enneccerus a.a.O. § 152 II 2 a.
11) Dazu Oertmann § 147 Anm. 2a; Schäfer a.a.O., Seite 14/15; Senftleben a.a.O., Seite 17.
12) Motive I Seite 170.

zum Ausdruck gebracht, daß der Antragende auf ein richtiges Funktionieren der Verkehrsmittel rechnen dürfe und unvorhergesehene, dem Antragenden nicht bekannte Umstände, keine Berücksichtigung finden könnten[13]). Diese zwar nur für den nach § 147 Abs. II BGB Antragenden als Schutzvorschrift gedachte Bestimmung wird auch für den Abs. I zu gelten haben, da eine andere Zweckbestimmung nicht ersichtlich und auch nicht anzunehmen ist. Ein Unterschied zwischen dem Abs. I und dem Abs. II des § 147 BGB besteht nur hinsichtlich der Annahmefrist. Denn allgemein maßgebend für die Erklärung unter Abwesenden sei der Zeitpunkt des unter regelmäßigen Umständen zu erwartenden Eingangs der Antwort, ohne daß damit für diese in Wirklichkeit etwas besonderes bestimmt worden wäre[14]). Dem abwesenden Antragsempfänger hinsichtlich der Überlegungsfrist eine bessere Rechtssetzung einzuräumen als dem anwesenden, dafür liegt kein Rechtsbedürfnis vor. Nur fallen die für die Hin- und Rückbeförderung der Erklärungen vorgesehenen Zeiten bei einem Verhandeln von Person zu Person fort. Das „sofort" des Abs. I kann daher nicht den Sinn haben, daß dem Angebot unmittelbar, schlagartig die Annahme zu folgen habe. Wie dem Abwesenden eine angemessene Frist innerhalb der Annahmefrist für seine Entscheidung zur Verfügung steht, so ist das Gleiche für den einem Anwesenden gegenüber gemachten Antrag zu folgern. Wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen ebenfalls für die analoge Anwendung des in Abs. II enthaltenen Rechtsgedankens. Eine Verneinung würde nur eine Verkennung der im Rechtsverkehr herrschenden Gebräuche bedeuten und auf Weltfremdheit schließen lassen. Die Zahl der Irrtumsfälle würde sich vermehren und damit das Vertrauen auf die Wirksamkeit der Verträge vermindern. Die Antwort auf das Angebot hat nicht unmittelbar Schlag auf Schlag zu erfolgen. Dem Annehmenden wird vielmehr eine mäßige Überlegungsfrist gestattet werden müssen, solange die Unterredung, derselbe geschäftliche Vorgang noch andauert, innerhalb dessen der Vertragsantrag gestellt worden ist. Bei fernmündlichen Verhandlungen kann von einem „demselben geschäftlichen Vorgang" gesprochen werden, solange ein einheitliches Gespräch vorliegt[15]). Dieser Standpunkt widerspricht nicht dem Gesetz, entspricht vielmehr der Billigkeit, da dem Antragsempfänger durch die mäßige Überlegungsfrist die Möglichkeit gewährt wird, sich über alle für ihn wesentliche und wissenswerte Eigenschaften Gewißheit verschaffen zu können. Maßgebend bleibt

13) Protokolle I, Seite 168.
14) Hölder zu § 147; desgl. eingehend Senftleben Seite 15. ff.; Schäfer a.a.O. Seite 15; Sokolowski a.a.O., Seite 27.
15) Oertmann § 147 Anm. 2a und § 152 Anm. 15; Neufeld Vorbem. zu § 362 Anm. 8; Staub Anh. § 363 Anm. 33; Biermann § 47, Seite 152 nur dann, wenn Bedenkzeit sich aus den Umständen ergibt.

jedoch die Zuhilfenahme des Fernsprechers, daß die Einheit des Gesprächs gewahrt ist.

Kann jedoch von einer Einheit des Gesprächs dann noch gesprochen werden, wenn die Fernsprechverbindung unterbrochen wird? Auszuscheiden hat der Fall, daß auf Grund einer Vereinbarung die „sofortige" Annahmefrist verlängert worden ist. Hierbei ist eben die Frist für eine rechtzeitige Annahme maßgebend. Eine „kurze" Unterbrechung hält man für unerheblich. Wenn nämlich die telephonische Verbindung nur kurze Zeit unterbrochen werde, so soll eine ungesäumt nach wiederhergestellter Verbindung erfolgende Annahme immer noch als sofort erfolgt anzusehen sein[16]). Eine kurze Unterbrechung kann aber kein fest umrissener Wertmesser sein, da der Ausdruck ein höchst subjektiver Begriff ist. Jede Partei kann darunter je nach ihren Interessen etwas anderes verstehen. Damit erfährt die schon schwierige Beweisfrage noch eine erhebliche Verschlechterung[17]). Das „sofort" der Annahmeerklärung kann nur einen objektiven Maßstab erfordern, wie nicht zu bestreiten ist. Die Gründe für eine Verzögerung sind aber gleichgültig, mögen sie objektiv schuldlos oder schuldhaft in der Person des Annehmenden oder sogar unabhängig außerhalb seiner liegen. Denn der Anbietende muß sich gerade auf ein ordnungsmäßiges Funktionieren der Verkehrsmittel verlassen können, was schon die Protokolle zum Ausdruck gebracht haben. Daran fehlt es im Augenblick der Unterbrechung des Gesprächs. Es kommt noch hinzu, daß der Antragende selbst in jedem Augenblick stets Herr seiner Entschließungen sein darf und muß[18]), damit er für die unmittelbar darauf folgende Zeit freie Hand für weitere Unternehmen behält. Eine sofortige Annahme im Sinne des Gesetzes kann daher nicht gegeben sein, wenn die telephonische Verbindung nach der Stellung des Antrages, bevor eine Annahme erfolgen kann, unterbrochen wird. Sie kann auch nicht dadurch ersetzt werden, daß etwa eine Annahmeerklärung sofort nach der Wiederherstellung der Verbindung erfolgen sollte. Mit der Unterbrechung ist der Anbietende nicht mehr an sein Angebot gebunden, da eine sofortige Annahmeerklärung nicht mehr möglich ist. Gerechtfertigt erscheint diese Auffassung durch einen, einer höchst-richterlichen Entscheidung zugrunde liegenden Fall, in dem nicht einmal die Wiederaufnahme des Gesprächs nach ausdrücklich angekündigter Unterbrechung dem Erfordernis der „sofortigen" Annahme hat genügen können[19]).

Dieser strenge Standpunkt entspricht anscheinend nicht ganz dem tatsächlichen Rechtsverkehr, wenn man das Geschäftsleben be-

16) RGRK § 147 Anm. 2; Dernburg I § 129 Anm. 12.
17) Schäfer a.a.O., Seite 15.
18) Schäfer a.a.O., Seite 16.
19) RG Band 104, Seite 235; Neufeld Vorbem. zu § 362 Anm. 8, Seite 98; Düringer-Hach. 3. Auflage IV, Seite 167 Anm. 213.

trachtet. Es sind häufig Fälle eingetreten, in denen nach erfolgter Wiederaufnahme der Verbindung dennoch ein Vertragsschluß zustande gekommen ist. Diese haben jedoch im Grunde nichts mehr mit der strengen Auslegung des Begriffes „sofort“ zu tun, sondern haben andere Ursachen für das Wirksamwerden der Verträge. Zunächst sei daran gedacht, daß die Wiederherstellung des Ferngesprächs von dem Antragenden selbst betrieben wird. Aus seinem Verhalten muß daher geschlossen werden, wenn er das Gespräch nicht in entgegengesetztem Sinne beginnt, daß er bei seinem Antrage beharrt. Zumindest liegt aber in der Bezugnahme auf das gemachte Angebot oder in seiner Aufrechterhaltung die Stellung eines neuen, gleichlautenden Antrages[20]). Dem Gegner bleibt die Möglichkeit, das Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Schwieriger ist es in dem Falle,. in dem der Antragsempfänger derjenige ist, dem es an der Wiederherstellung der Verbindung liegt. Da die Verbindung nun einmal unterbrochen gewesen und der Antrag erloschen ist, kann die Wiederaufnahme des Gesprächs nur als neuer Antrag des früheren Antragsgegners gedeutet werden[21]). Widerspricht darauf der jetzige Antragsempfänger dem Angebot, so lehnt er das neu gestellte Angebot und damit einen Vertragsschluß ab. Läßt er sich in Verhandlungen ein ohne die Verspätung sofort geltend zu machen, so muß in dem „sich Einlassen auf die Verhandlungen“ eine Annahme des Angebotes gesehen werden, soweit keine Abänderung des neuen Antrages erfolgt. Denn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte liegt in seinem Verhalten eine stillschweigende Annahme der als Antrag rechtlich aufzufassenden Annahmeerklärung des früheren Antragempfängers[22]). Wenn gegen eine stillschweigende Annahme eines fernmündlichen Vertragsangebotes Bedenken erhoben werden[23]), so sind sie nicht begründet. Erklärungen durch den Fernsprecher sind wie alle anderen mündlichen Willenserklärungen zu beurteilen, zumal die Fernsprechtechnik so weit fortgeschritten ist, daß verloren gegangene Worte oder gar Sätze zu den Seltenheiten gehören. Ist jedoch aus dem Antrage des Erklärungsempfängers zu folgern, daß von der Verkehrssitte abweichend eine Erklärung erwartet werde, so kann die Verkehrssitte für eine stillschweigende Annahme nicht entscheidend sein. Das gleiche hat zu gelten, wenn die Parteien allgemein untereinander auf eine Annahme nicht verzichtet haben und unter ihnen sogar eine ausdrückliche üblich ist[24]).

---

20) Neufeld a.a.O.
21) Bruhn Seite 28/29; Oertmann Kart.Ausk. Anm. 11 in anderem Zusammenhange.
22) Schäfer a.a.O., Seite 16117. Im Ergebnis auch Staub § 361 Anm. 33a; RG Band 103 Seite 12; JW 1911 Nr. 423; RGRK § 147, 3; Planck § 147,2; Enneccerus § 152 Anm. 15.
23) Bruhn a.a.O., Seite 29.
24) Planck § 151 Anm. 3a; Hölder § 151 Anm. 1.

Abwegig und rechtlich nicht haltbar erscheint es, die Unterbrechung des Fernsprechverkehrs danach beurteilen zu wollen, ob es sich um ein Orts- oder Ferngespräch handelt. Bei den ersteren sei eine Annahme trotz des Erfordernisses „sofort" nach Wiederaufnahme des Gesprächs noch möglich. Bei Ferngesprächen, bei denen der Antragsempfänger mit einer kurzen Gesprächsdauer rechnen müsse, habe die Unterbrechung der Verbindung die Wirkung des Angebotes stets aufgehoben[25]). Diese Meinung ist nicht haltbar, da sie im Gesetz nirgends eine Stütze findet und der Billigkeit zuwiderläuft. Sie ist daher mit Recht aufgegeben worden, da eine Unterbrechung stets die Wirkung des Antrages aufhebt[26]). Ebenfalls nicht billigenswert ist es, wenn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert wird, daß eine Vertragsannahme rechtzeitig erfolgt, wenn die Erklärung sofort nach Wiederherstellung der Verbindung erfolgen sollte. Auf die Dauer der Unterbrechung käme es nur insofern an, als dem Erklärungsgegner bei größerer Zeitspanne, etwa einer Stunde oder länger ein Zurückweisungsrecht zustände. Macht er von diesem „Recht" keinen Gebrauch, so ist ein rechtswirksamer Vertrag geschlossen[27]). Es geht jedoch nicht an, eine derartige Meinung auf die Redlichkeit im Rechtsverkehr stützen zu wollen, die rechtspolitisch zu unübersehbaren Gefahren für den redlichen Vertragspartner führen kann. Auch die verspätete Annahme nach Maßgabe des § 149 BGB als rechtzeitig gelten zu lassen, wenn sie nicht unverzüglich zurückgewiesen werde, geht nicht an[28]). Die Sachlage bei der Unterbrechung ist eine andere als in dem § 149 BGB. Diese Bestimmung ist daraus zu erklären, daß der Annehmende, da er ja von sich aus rechtzeitig angenommen hat, auch darauf rechnen muß und darf, daß der Vertrag zustande gekommen ist. Bei der Unterbrechung der Verbindung kann er eine solche Meinung jedoch nicht hegen[29]). Eine von vornherein unübersehbare Zeitspanne für die Gebundenheit eines Vertragsangebotes ist nicht der Sinn des Gesetzes. Der Anbietende soll und muß vielmehr nach der Stellung seines Antrages seine Bewegungsfreiheit wiedergewinnen, wenn letzterer nicht angenommen wird und sei es durch eine zufällige Unterbrechung der Verbindung. Dieser Zufall, der dem Antragenden zu Hilfe kommt, kann ebenfalls bei mündlichen wie schriftlichen Erklärungen eintreten, ohne daß man in diesen Fällen sagen würde, der Anbietende darf diesen Umstand nicht ausnützen. Einen Unterschied zwischen einem mündlichen und einem fernmündlichen Vertrags-

25) Düringer-Hach. 2. Auflage 1910 IV S. 136. Widerlegung mit näherer Begründung bei Sokolowski, Seite 28.
26) Düringer-Hach. 3. Auflage IV Seite 167 Anm. 213.
27) Bienengräber a.a.O., Seite 10/11, u. ä. in der Zeitspanne Bongardt a.a.O., Seite 58.
28) So Enneccerus § 152 Anm. 15 und Planck § 147 Anm. 2.
29) Biermann § 47 Seite 152.

antrage zu machen, dafür besteht jedoch kein Bedürfnis. Mit der Unterbrechung erlischt eben der Antrag. Im Grunde ist das Ergebnis fast das gleiche, ob ein Vertrag durch Annahme eines stillschweigenden neuen Antrages zustande kommt, oder dadurch, daß der Anbietende die Annahmeerklärung nach der Unterbrechung nicht zurückweist[30]).

Mündlichen wie fernmündlichen Vertragsabschlüssen pflegen im Handelsverkehre sogenannte Bestätigungsschreiben zu folgen, die die Vertragsvereinbarungen im einzelnen wiederzugeben bestimmt sind. Bestätigungsschreiben werden entweder in allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbehalten oder in den Verhandlungen der Parteien ausdrücklich ausgemacht. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die Gültigkeit der mündlichen Verhandlung von der schriftlichen Bestätigung abhängig sein soll. Bei derartigen Vereinbarungen, die stets zulässig sind, kommt ein Vertrag jedoch erst mit der Übersendung eines oder gegenseitiger Bestätigungsschreiben zustande, da sie rechtserzeugende Kraft besitzen[31]). Ist eine schriftliche Bestätigung vorbehalten, so hat man es nicht mehr mit einem Abschluß durch Fernsprecher zu tun, sondern die Rechtssätze über Bestätigungsschreiben greifen allein Platz[32]). Erfolgt bei fernmündlichen Verhandlungen kein allgemeiner oder ausdrücklicher Vorbehalt, so ist die nachfolgende Zusendung eines Bestätigungsschreibens für den fernmündlichen Vertrag bedeutungslos. Beim Fehlen eines solchen läßt sich die Annahme nicht rechtfertigen, daß etwa ein stillschweigender Wille der Beteiligten den besonderen Abschluß des Vertrages vom Austausch von Bestätigungsschreiben abhängig machen wollte. Denn der Fernsprecher ist eben im Verkehr für rechtsgeschäftliche Abschlüsse allgemein gebräuchlich und letztere dürfen auch nicht etwa wegen Unzuverlässigkeit allgemein abgelehnt werden[33]). Das sofortige Zustandekommen eines rechtswirksamen Vertrages ist nur dann nicht erfolgt, wenn die Parteien die Bestätigung des Abschlusses bei der fernmündlichen Verhandlung e r s i c h t l i c h zum Ausdruck gebracht haben. Wie auch der Zusatz „Brief folgt" in einer telegraphischen Annahme für den augenblicklichen Abschluß unerheblich ist[34]). Bestätigungsschreiben, die einem rechtswirksamen Vertrag folgen, können auf den abgeschlossenen Vertrag keinen Einfluß mehr haben. Ihre rechtliche Bedeutung richtet sich nach den allgemeinen für Bestätigungsschreiben entwickelten Rechtssätzen, für deren Erörterung hier nicht der geeignete Ort ist.

30) Dazu Schäfer a.a.O., Seite 18 ff.
31) Staub Anh. zu § 372 Anm. 38; Bienengräber a.a.O. Seite 18 ff.; Schäfer a.a.O., Seite 8 ff.
32) Staub Anh. § 361 Anm. 29.
33) RG in Recht 1922 Nr. 966 und 1924 Nr. 940. Abwegig und überholt KG in Blätter für Rechtspflege i. Bez. d. KG 1919 Nr. 5, Seite 51.
34) RG in JW 1924 Seite 405; LZ. 1924 Seite 811; dazu RGRK § 147 Anm. 2.

3. Abschnitt.

Mit der Erörterung der Rechtsverhältnisse bei dem Zustandekommen eines fernmündlichen Vertrages sind Rechtsfragen, die sich an den Fernsprecher knüpfen können, noch nicht erschöpft. Denn das Gesetz kennt neben dem Vertrage als einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte auch einseitige Rechtsgeschäfte. Letztere unterscheiden sich von den Verträgen dadurch, daß für ihre Wirksamkeit nur eine Willenserklärung erforderlich ist. Bezüglich einseitiger Rechtsgeschäfte hat das BGB keine besondere Bestimmung für den Fernspruch getroffen. Die Gleichstellung der fernmündlichen Willenserklärung aber mit anderen mündlichen Erklärungen hat man bei der Abfassung des Gesetzbuchs gescheut. Angeblich habe sich keine passende Fassung für einen alle empfangsbedürftige Willenserklärungen umfassenden Ausdruck finden lassen. Ferner war man sich über die Tragweite eines solchen nicht im klaren. Um nichts Falsches, die Rechtsentwicklung etwa Hemmendes zur Rechtsnorm zu erheben, hat man davon Abstand genommen und der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die Verwertung des im § 147 I 2 zugrunde liegenden Gedankens für alle übrigen praktisch werdenden Fälle überlassen[1]). Der nur für die Annahme eines Vertragsangebotes gegebene Rechtssatz ist jedoch sowohl für die geregelten wie für die nichtgeregelten Fälle entsprechend anwendbar[2]). Willenserklärungen, die mittels Fernsprechers von Person zu Person abgegeben werden, gelten als Erklärungen unter Anwesenden, da der durch den Fernsprecher gestellte Vertragsantrag als unter Anwesenden gilt, der ja eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Für die Gleichstellung spricht entscheidend, daß das durch den Fernsprecher übermittelte Wort wie das einem Anwesenden gegenüber gesprochene Wort verhallt, ohne daß die Möglichkeit eines nachträglichen Kenntnisnehmens besteht.

Unerörtert ist bisher geblieben die Frage nach der Wirksamkeit der Willenserklärung, die den Vertragsschluß herbeiführt. Eine Beantwortung dieser Frage empfiehlt sich erst an dieser Stelle bei der Erörterung von der Wirksamkeit allgemein einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, da für Vertragsangebot und -annahme als Willenserklärungen nichts besonderes gilt. Erklärungen, die unter Anwesenden erfolgen, haben im Gesetz keine Rechtsnorm erhalten. Denn es ergäbe sich aus der Natur der Sache, in welchem Zeitpunkt eine unter Anwesenden abgegebene Willenserklärung wirksam werde. Für besonders geartete Fälle aber Rechtssätze aufzustellen, das sei nicht Aufgabe eines Gesetzgebers[3]). Es wird daher von der Erklärung unter Abwesenden auszugehen

1) Protokolle I Seite 78/79.
2) Jung, Festgabe Seite 140/41. Desgl. für Analogie die h. M.; Planck § 130 Anm. 3; Enneccerus § 149 II B 2; RG Band 90, Seite 167.
3) Motive I, Seite 156.

sein, die eine gesetzliche Regelung gefunden hat. An Hand dieser Rechtsnorm wird sich dann auch ein Zeitpunkt finden lassen, der für Willenserklärungen unter Anwesenden maßgebend sein muß.

In § 130 Abs. I BGB bestimmt das Gesetz, daß eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung in dem Zeitpunkte wirksam wird, in dem sie ihm zugeht. Mit diesem Rechtssatz ist der im gemeinen Rechte herrschende Streit über das Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Abwesenden beigelegt worden[4]). Eine Erläuterung des Wortes „zugehen" hat das Gesetz jedoch nicht gegeben, sondern der Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung überlassen, diesen Begriff im einzelnen näher festzulegen. Es ist zunächst eine zum Ausdruck gelangte Willenserklärung erforderlich, die vom Erklärenden ausgeht und an den nicht anwesenden Empfänger gerichtet sein muß. Alle anderen Äußerungen sind nicht rechtserheblich, d. h. keine Willenserklärungen im Rechtssinne. Die wirkliche Kenntnisnahme durch den Empfänger kann unter Abwesenden der Erklärende niemals nachprüfen; daher soll deren Unterbleiben den Empfänger belasten. Wie umgekehrt eine willkürliche Verhinderung des Erklärungsvollzuges nicht in das Belieben des Erklärungsempfängers gestellt sein kann[5]). Das BGB folgt im Grunde der Empfangstheorie des gemeinen Rechts, stellt aber noch strengere Anforderungen insofern auf, als eine bloße Empfangsnahme noch nicht genügt. Zugegangen ist eine Erklärung erst in dem Augenblicke, in dem dem Empfänger das Kenntnisnehmen unter gewöhnlichen Verhältnissen ermöglicht ist und die Kenntnisnahme nach den Regeln des Lebens von ihm erwartet werden muß[6]). Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß es auf eine Machterlangung über den Gedankeninhalt der Erklärung und nicht auf den Besitzerwerb an der Erklärungsurkunde ankommt.

Kann nun der Grundsatz des § 130 BGB für Erklärungen unter Abwesenden auf empfangsbedürftige Willenserklärungen unter Anwesenden ausgedehnt werden? Oder muß vielmehr aus der ausdrücklichen Setzung des Grundsatzes für den engeren Kreis der Willenserklärungen unter Abwesenden seine Ausnahmenatur entnommen werden und ist daher daraus zu folgern, daß er für den weiteren Kreis ausgeschlossen sein soll? Wie es häufiger in der Rechtsordnung vorkommt, so stehen auch bei dieser Frage der Schluß aus der Rechtsähnlichkeit auf die Ausdehnung (Analogie) und der Schluß aus der Ausnahme auf die gegenteilige Regel

4) In der Hauptsache bestehen 4 Theorien; die Äußerungstheorie, nach der die Äußerung genügt; Absendungstheorie, die Erklärung muß auf den Weg gebracht sein; Empfangstheorie, der Empfänger erhält die Erklärung; Vernehmungstheorie, wonach er von der Erklärung Kenntnis nehmen muß.

5) Bienengräber a.a.O., Seite 2.

6) Enneccerus § 149 A II 1; Lehmann § 32 II 2 und auch RG Band 99, Seite 23.

(argumentum e contrario) wechselseitig zur Verfügung[7]). Das trifft überall da zu, wo ein Rechtssatz nicht ganz zweifelsfrei als Ausnahme gekennzeichnet worden ist. Das ist gerade bei dem im § 130 BGB enthaltenen Rechtssatz der Fall.

Wann nun und unter welchen Voraussetzungen eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden Wirksamkeit erlangt, bestehen Meinungsverschiedenheiten. In der Hauptsache geht der Streit darum, ob eine mündliche Willenserklärung zur Wirksamkeit vernommen sein müsse oder ob schon die Möglichkeit der Wahrnehmung genüge. Der Grundsatz des § 130 BGB müsse nach letzterer Meinung ebenfalls auf die einem Anwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung in dem Sinne ausgedehnt werden, daß man eine gewisse Wahrnehmungsmöglichkeit als ausreichend ansehen müsse[8]). Damit entscheidet man sich für eine analoge Anwendung des § 130 BGB auf Willenserklärungen unter Anwesenden. Man hat gerade an die Fälle gedacht, in denen der Gegner sich ein Hindernis schaffte, um den Erfolg der Wahrnehmung absichtlich zu vereiteln oder in denen der Erklärungsempfänger z. B. taub ist. Ohne Rücksicht darauf müsse, wenn der Erklärende das zur Wahrnehmung seiner Erklärung Erforderliche getan und es nur noch des Wahrnehmungsaktes selbst seitens des Gegners bedurft habe, seine Äußerung diesem zugegangen sein und damit nach § 130 BGB auch ohne Rücksicht auf eine wirkliche oder vereitelte Wahrnehmung rechtswirksam geworden sein[9]). Zur Stützung der Ansicht wird aus dem Begriff der Willenserklärung als einer Äußerung mit Kundmachungszweck gefolgert, daß bei keiner Willenserklärung nur die bloße Abgabe genüge, sondern jede müsse von dem Erklärenden dem Empfänger „zugeführt" werden. Wie weit aber eine Zuführung einer Willenserklärung dem anwesenden Empfänger zu erfolgen habe, ob nur bis ins Gehör- oder Gesichtsfeld des Gegners oder ob sie so weit reichen muß, daß sie von dem Hörenden wahrgenommen sein muß, folgt nicht aus dem Zuführungsbegriff. Da vielmehr empfangsbedürftige Willenserklärungen einen Rechtserfolg herbeiführen und damit eine Rechtsbeziehung zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger schaffen, ändern, oder aufheben wollen, setzt der Eintritt dieses Erfolges notwendigerweise voraus, daß dem Erklärungsempfänger die Veränderung seiner Rechtslage spätestens gleichzeitig mit der Äußerung bewußt wird. Möglich ist das aber nur allein durch eine tatsächliche und fehlerfreie Kenntnisnahme[10]). Weder aus dem Begriff der Willenserklärung noch aus dem Gesetz läßt sich also eine Ausdehnung des Zugangsbegriffes

7) Jung, Arch. f. ziv. Pr., Seite 73.
8) Hölder § 130,2 und Festschrift Seite 110; Endemann I § 66 Anm. 27; Manigk, We u. Wg. Seite 334; Koppers, Gruchot Bd. 46, S. 225 ff u. a.
9) Manigk a.a.O., Entzeroth a.a.O., Seite 33/34
10) Titze a.a.O., Seite 29, 213; Sander a.a.O., Seite 6.

auf Willenserklärungen unter Anwesenden rechtfertigen. Für Erklärungen unter Anwesenden wird man grundsätzlich eine Kenntnisnahme, ein Vernehmen durch den Empfänger fordern müssen[11]). Dieser Standpunkt allein kann für richtig erachtet werden. Bei stillschweigenden Willenserklärungen, bei denen von einem „Zugehen" überhaupt meist keine Rede sein kann, verlangen auch die Gegner teilweise ein Vernehmen[12]). Die empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden denjenigen unter Abwesenden analog zu behandeln, erscheint bei dem klar und bestimmt eingeschränkten Wortlaute des § 130 BGB nicht gerechtfertigt. Aber auch das Gegenteil läßt sich bei der sonstigen Zweifelhaftigkeit der Frage ebensowenig durch argumentum e contrario rechtfertigen[13]). Denn für die Richtigkeit der Vernehmungstheorie spricht eben, wie die Protokolle sagen, die Natur der Sache. Wie die Verfechter der Wahrnehmungsmöglichkeit anerkennen müssen, können mündliche Willenserklärungen gegenüber dem Empfänger dann nicht abgegeben werden, wenn sich dieser in einem Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender geistiger Störung befindet, da er ja wahrnehmungs f ä h i g sein muß. Dabei müsse jedoch sicherlich in Anlehnung an andere Rechtseinrichtungen die Einschränkung gemacht werden, daß man solche Tatsachen dem Erklärenden nur dann entgegensetzen könne, wenn sie dem Erklärenden bekannt waren oder dieser sie hätte erkennen müssen. Sind sie ihm nicht bekannt, so können sie ihm auch nicht entgegengehalten werden und die Willenserklärung an einen vorübergehend Geistesgestörten wäre wirksam. Bei bloßer Schwerhörigkeit müsse das Gleiche eintreten[14]), da dann der Empfänger ebenfalls nicht wahrnehmungsfähig ist. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein, das die Zugangswirksamkeit auf mündliche Bestellungen an Mittelspersonen im Haushalt des Empfängers sehr weit ausdehnt und eine Prüfung des Erklärenden dahin verlangt, ob die von ihm gewählte Mittelsperson „die erforderliche geistige Fähigkeit besitze" [15]). Dem bürgerlichen Recht sind aber gesetzliche Bestimmungen fremd, die in diesem Zusammenhang von wirklichem Verstehenmüssen seitens des Empfängers sprechen. Daher ist wegen Mangels einer gesetzlichen Unterlage ein Rückgriff aus nicht gesetzter Quelle gerechtfertigt, der sich aus der Natur der Sache rechtfertige. Erst das Vernommensein kann für die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Anwesenden auch für die entgegengesetzte Meinung und das Reichsgericht als das Natürlichere erscheinen[16]). Von dem

11) Jung, Arch. Seite 74; Planck § 130,2; Oertmann § 130,4; Enneccerus § 149 B; J. Breit, Seite 258.
12) Oertmann § 130, 4a.
13) Planck § 130 Anm. 2.
14) Cosack, Lehrbuch I, Seite 200; Biermann I § 46, Seite 143 Anm. 3.
15) RG Band 60, Seite 337; RGRK § 130 Anm. 1 2. Absatz.
16) Hierzu Jung, Arch. Seite 74 ff.

Erfordernis des wirklichen Vernommenseins wird man nur dann zu Ungunsten des Empfängers abgehen können, wenn er während der Erklärungsabgabe seines Gegners aus rein persönlichen Umständen an der Wahrnehmung verhindert wird. Der im § 130 Abs. II BGB enthaltene Grundsatz, daß spätere Änderungen der persönlichen Voraussetzungen einer abgegebenen aber noch nicht wirksam gewordenen Erklärung, die der Erklärende weder kannte noch kennen mußte, gereicht dem zum Schaden, in dessen Person sie eingetreten sind[17]).

Das Erfordernis der Kenntnisnahme für Erklärungen unter Anwesenden ist aus rechtspolitischen Gründen weder unbillig noch rechtsverkehrswidrig. Es würde eine erhebliche Gefährdung der Rechtslage des Erklärungsempfängers bedeuten, wenn seine Rechtsstellung ohne sein Wissen beliebig geändert werden könnte. In diese Rechtslage wird er gedrängt, wenn zur Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nur die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme genügen würde. Auf Grund der Vernehmungstheorie läßt sich billiger- und richtigerweise entscheiden, wer die Gefahr des Nichtvernehmens oder des Falschvernehmens der Erklärung tragen muß, ob der Erklärende oder der Empfänger. Ersterer muß dafür Sorge tragen, daß der Empfänger die Erklärung richtig vernommen hat. Denn er ist es, der mit seiner Erklärung in die Rechtssphäre des Erklärungsempfängers eingreift, zumal es für ihn ein Leichtes ist, sie beim Nichtvernehmen zu wiederholen. In Betracht kommen dabei nur Mängel in der Wahrnehmung des Wortlautes der Erklärung, nicht Deutungsfehler der Willenserklärung. Hinzu kommt, daß der Erklärende dazu die freie Wahl des Erklärungsmittels hat[18]).

Bei der Wirksamkeitsvoraussetzung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Anwesenden wird man jedoch zu unterscheiden haben, ob die Erklärung dem Empfänger mündlich oder nicht mündlich zugänglich gemacht wird. Nicht selten kommt es vor, daß in Anwesenheit des Empfängers Willenserklärungen in Form eines Schriftstückes abgegeben werden. Grund dafür kann Schwerhörigkeit, vereinbarte oder notwendige Schriftform der Erklärung sein. Für schriftliche Äußerungen, für die sich der Ausdruck „verkörperte Willenserklärungen" im Gegensatz zu den mündlichen, flüchtigen, den nicht verkörperten eingebürgert hat, unter Anwesenden strengere Formen an die Wirksamkeit zu stellen als unter Abwesenden, wäre widersinnig, da die Analogie des § 130 BGB insofern zwingend ist. Verkörperte Erklärungen werden in dem Augenblicke wirksam, in dem der anwesende Empfänger die Mög-

17) Jung, Seite 611. Diesen Grundsatz weiter auszudehnen, kann der mündlichen Willenserklärung unmöglich gerecht werden.
18) Sander a.a.O., Seite 10; Planck § 130 Anm. 2.

lichkeit hat, darüber zu verfügen, also im Augenblicke der Aushändigung[19]).

Eine zwischen der Empfangs- und Vernehmungstheorie vermittelnde Meinung kann nicht gebilligt werden. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung würde, wenn sie mündlich erfolge, wirksam, sobald sie dem Empfänger so nahe gebracht sei, daß dieser sie unter normalen Umständen wahrnehmen könnte; nicht wirksam würde sie, wenn er die Erklärungszeichen nicht oder nicht richtig wahrgenommen habe und der Erklärende diesen Mangel unmittelbar nach der Erklärungsabgabe hat bemerken müssen[20]). Zunächst vermag die im wesentlichen auf der Interessenabwägung zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger beruhende Meinung deshalb nicht zu überzeugen, weil dem Empfänger nur ein Erkennenmüssen unmittelbar nach der Abgabe der Erklärung zugute kommen soll. Denn indem sich der Erklärende auf die Wirksamkeit seiner Erklärung berufen darf, nur weil er den Mangel der Wahrnehmung erst kurze Zeit nach der Abgabe der Erklärung bemerkt habe, als sie noch nachgeholt werden konnte und den Gegner vor Schaden bewahrt hätte, verstößt er gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Praktisch würde es darauf hinauslaufen, daß dem Empfänger fast immer die Gefahr eines Wahrnehmungsfehlers aufgebürdet werden würde, obwohl der Erklärende die Wahl des Erklärungsmittels hat[21]). Vor allem scheitert sie an den zu erwartenden Beweisschwierigkeiten, die dadurch entstehen, daß der Mangel der Wahrnehmung unmittelbar nach der Erklärungsabgabe hat bemerkt werden müssen[22]). Denn der Ausdruck „unmittelbar nach" ist zu unbestimmt und aus rechtspolitischen Gründen daher ein nicht haltbarer Begriff.

Allgemein werden empfangsbedürftige Willenserklärungen, die „verkörpert" angetragen werden mit dem Zugang, d. h. also mit der Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme wirksam, nicht verkörperte mündliche Erklärungen aber erst dann, wenn der Empfänger sie vernommen hat. Hieran ist festzuhalten. Für fernmündliche Erklärungen, die von dem Empfänger persönlich abgenommen werden, hat nichts Besonderes zu gelten. Sie gelten als Erklärungen unter Anwesenden und erhalten daher mit ihrer Wahrnehmung volle Rechtswirksamkeit.

Erklärender und Erklärungsempfänger waren bisher diejenigen Personen, zwischen denen empfangsbedürftige Willenserklärungen gewechselt oder an letzteren abgegeben worden waren. Im täglichen Leben und noch häufiger im Geschäftsleben kommt es vor, daß fernmündliche Willenserklärungen vom Erklärenden nicht persönlich abgegeben werden und vom Erklärungsempfänger ebenfalls nicht

19) Oertmann § 130 Anm. 4a; Planck § 130 Anm. 2a.
20) Titze Seite 207 ff. (266).
21) Schäfer a.a.O., Seite 37.
22) Planck § 130 Anm. 2b.

in Person entgegengenommen werden. Für die Genannten treten vielmehr Personen auf, die die Erklärungen übermitteln. Von wesentlicher Bedeutung ist neben anderen Erfordernissen wiederum das Wirksamwerden der den einzelnen Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Willenserklärungen. Der Eintritt der Rechtswirksamkeit wird verschieden sein, je nach der rechtlichen Stellung, die die dritte Person einnimmt.

Es sei zunächst an den Fall gedacht, daß für den Erklärungsempfänger eine Mittelsperson auftritt. Der Eintritt der Wirksamkeit empfangsbedürftiger telephonischer Willenserklärungen kann wiederum ein verschiedener sein je nach der Rechtsstellung des Dritten. Ist die Mittelsperson ein Vertreter des Empfängers auf Grund des Gesetzes, so gilt nichts Abweichendes. Die Erklärung erhält volle Rechtswirksamkeit in dem Augenblicke, in dem der Vertreter sie wahrnimmt. Denn Willenserklärungen, die einem Vertreter gegenüber abgegeben werden, wirken, dem Grundsatz der direkten Stellvertretung zufolge, genau so, als habe der Erklärende dem Empfänger sie persönlich abgegeben (§ 164 Abs. III BGB). Ohne Einfluß auf ihre Wirksamkeit ist es, ob sie dem Vertretenen hinterher verfälscht oder überhaupt nicht übermittelt werden. Die Vertretungsmacht kann sich auch auf ein Rechtsgeschäft stützen (Bevollmächtigung). Die einem zur Empfangnahme Bevollmächtigten gegenüber abgegebenen Willenserklärungen werden ebenfalls im Augenblick des Vernehmens wirksam. Die Bevollmächtigung braucht jedoch nicht besonders erteilt zu werden, sondern sie kann in einer sonstigen Vollmacht mit enthalten sein[23]). Wie weit kaufmännische Angestellte innerhalb des Betriebes zur Empfangnahme von Willenserklärungen berechtigt sind, wird sich aus ihrer Stellung im Geschäft herleiten lassen müssen. Maßgebend für eine Empfangsbevollmächtigung bleiben die §§ 54–56 HGB. Insbesondere unter besonderer Berücksichtigung von § 56 HGB wird man nicht jeden Angestellten als befugt ansehen können, Erklärungen geschäftlichen Inhalts entgegenzunehmen. Vielmehr wird man dem von der höchst-richterlichen Rechtsprechung herausgearbeiteten Satze folgen dürfen, daß in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors zur Empfangnahme von Erklärungen als befugt anzusehen sei. Da ausdrücklich immer wieder nur von kaufmännischen Angestellten die Rede ist, haben alle übrigen, nur zu niederen Diensten herangezogenen Angestellten auszuscheiden. Zur Empfangnahme von Willenserklärungen wird man daher nur die im Kontor des Geschäftsherrn angestellten Personen als berechtigt — im Sinne einer stillschweigenden Bevollmächtigung — anzusehen haben, die eine gehobenere, kaufmännische Tätigkeit ausüben und nicht nur z. B. mechanische Schreibarbeiten

23) Oertmann § 164 Anm. 2a.

verrichten oder nur zur Bedienung des Fernsprechers angestellt sind[24]).

Wann jedoch telephonische Willenserklärungen, die weder an vertretungsberechtigte noch zur Empfangnahme bevollmächtigte Personen abgegeben werden, wirksam werden, ist sehr verschieden beantwortet worden. Zu den Personen, bei denen man auch nicht einmal von einer stillschweigenden Bevollmächtigung zur Empfangnahme von Erklärungen sprechen kann, gehören z. B. die Hausangehörigen und vor allem das Dienstpersonal des Fernsprechinhabers. Zwar ließe sich die Einrichtung eines Fernsprechanschlusses in der Wohnung leicht als Erklärung einer stillschweigenden Empfangsvollmacht an die Hausgenossen deuten, was aber nicht als Selbstverständlichkeit hingenommen werden kann[25]). Dagegen spricht gerade, daß den Dienstboten ihrem Hausherrn gegenüber die Fähigkeit fehlt, sich auch nur im entferntesten eine Vorstellung darüber machen zu können, welche Bedeutung eingehenden geschäftlichen Erklärungen beizumessen ist. Obendrein ist es zur Genüge bekannt, daß selbst richtig verstandene Erklärungen zum großen Teil entweder gar nicht oder doch unvollständig ausgerichtet zu werden pflegen. Wenn man in der Anstellung eines Dienstboten eine stillschweigende Empfangsbevollmächtigung für mündliche Erklärungen erblickt, wie es vereinzelt geschieht[26]), so entspricht das nicht den Verkehrsanschauungen, die dann gerade im Widerspruch mit den tatsächlichen Verhältnissen und Bedürfnissen des Verkehrslebens stehen würden[27]). Denn die nur für kaufmännische Angestellte geltenden Grundsätze lassen sich nicht auf Nichtkaufleute übertragen, noch ist es angängig, schlechthin eine präsumptive Vollmacht der Hausgenossen anzunehmen[28]).

Wann wird nun eine mündliche Erklärung, die einer Mittelsperson gegenüber abgegeben wird, rechtlich wirksam? Abzulehnen ist zunächst die Meinung, daß eine an einen „geeigneten" Mittler abgegebene Erklärung bei wirklicher und richtiger Übermittlung mit dem „Zugang" Wirksamkeit erlange wird behauptet. Der Fall wäre im wesentlichen nicht anders gelagert, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner Wohnung einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben werde, als wenn ein Brief mit der Erklärung in der Wohnung des Empfängers abgegeben sei. Ein Unterschied zwischen einer schriftlichen und mündlichen Willenserklärung bestehe

24) Für alle Kontorangestellten Staub § 54 Anm. 13, jedoch nicht zutreffend. RG Band 61, Seite 127; Band 102, Seite 295; in JW 1922, Seite 1194 Ziffer 1; in Recht 1923 Nr. 728; in Recht 1924 Nr. 597; Oswald in JW 1922, Seite 795; Seuff.Arch. Band 80, Seite 316; Soergel § 147,1.

25) Oertmann § 130 Anm. 4c.

26) Staudinger

27) Bienengräber a.a.O., S. 34; Titze a.a.O., S. 318; Schäfer a.a.O. S. 41

28) Bienengräber a.a.O., Seite 38.

nur insofern, als bei letzterer erheblich höhere Ansprüche an die Mittelsperson zu stellen seien, da mit dieser Übermittlung eine erhöhte Gefahr der Entstellung gegeben sei. Daher liege allerdings dem Erklärenden zum Beweise des Zugehens noch der Nachweis ob, daß die Mittelsperson zur Weitergabe der Erklärung geeignet war. Im Enderfolge sei es ganz gleich, ob dem Erklärungsgegner bei seiner Rückkunft eine schriftliche Erklärung ausgehändigt werde oder ob man ihm eine nur mündliche mündlich und richtig mitteile. In beiden Fällen sei er in der Lage, jederzeit Kenntnis davon zu erlangen[29]). Neben dem Zugangserfordernis, d. h. also nur der Möglichkeit der Kenntnisnahme unter regelmäßigen Umständen, wird als weiteres Erfordernis eine wirkliche und richtige Übermittlung durch eine „an sich geeignete" Mittelsperson verlangt. Soweit auf mündliche Erklärungen unter Abwesenden die Empfangstheorie unter ausdrücklicher Berufung auf den § 130 BGB Anwendung finden soll, läßt sie sich jedoch nicht rechtfertigen. Denn es wäre dann eine Abgabe an eine „geeignete" Persönlichkeit nicht erforderlich; vielmehr wäre dem Erfordernis des Zugehens Genüge getan, wenn die Abgabe der Willenserklärung an irgendeinen Familienangehörigen oder Dienstboten erfolgt ist. Damit wäre auch ein weiteres Erfordernis, die Erklärung müsse dem Empfänger wirklich und richtig mitgeteilt werden, außer acht zu lassen, da es genügen müßte, daß sie überhaupt nur in den Kreis der Personen seiner näheren Umgebung gelange[30]). Diese Schlußfolgerung wird jedoch nicht gezogen. Es muß daher für mündliche Erklärungen bei dem Erfordernis des Vernehmens bleiben, da die Empfangstheorie auf diese nicht anwendbar ist. Darin aber, daß die in Abwesenheit des Empfängers einem Hausgenossen abgegebene Erklärung in d i e s e m Zeitpunkte als zugegangen zu betrachten sei, jedoch nur, sofern sie ihm „wirklich und richtig" mitgeteilt werde, liegt ein innerer Widerspruch. Denn entweder ist die Erklärung schon in dem Augenblick ihrer Abgabe an den Hausgenossen infolge des Zugangsbegriffs rechtswirksam geworden. Hierbei ist es aber dann völlig unerheblich, ob sie nachträglich dem Empfänger zur Kenntnis gekommen ist oder nicht. Oder eben die Weitergabe der Erklärung an den Erklärungsempfänger ist für deren Gültigkeit allein maßgebend und erforderlich. In diesem Falle läßt es sich aber nicht mehr sagen, sie sei schon in dem Augenblick ihrer Abgabe an den Hausgenossen „zugegangen"[31]). Man kann nicht das „Zugehen" erst mit dem Augenblicke des richtigen Ausrichtens seitens der Mittelsperson als gegeben ansehen und gleichzeitig aber die Erklärung schon mit der mündlichen Bestellung an sie als zugegangen und damit als wirksam geworden fordern. Die aus einer bestimmten

29) RG Band 60, Seite 334 ff.
30) Bienengräber .aa.O., Seite 31.
31) Titze a.a.O., Seite 316 Anm. 30.

Streitlage erfolgte Entscheidung der Erklärende wünschte ein späteres Eintreten der Wirksamkeit der Erklärung, der Empfänger dagegen ein früheres weist in jedem anderen Falle sofort unerträgliche Härten auf. So müßte der Empfänger, da er selbst den Zeitpunkt der Erklärung als maßgebend gegen sich gelten lassen muß, bei unrichtiger Übermittlung gegebenenfalls anfechten und zwangsläufig die unvermeidliche Schadensersatzpflicht auf sich nehmen. Aus dem mehrfach geforderten Erfordernis des richtigen Ausrichtens der Mittelsperson, das nur gefühlsmäßig die Entscheidung erleichtert, wird jedoch keine Folgerung gezogen. Sie müßte dahin gehen, daß die Wirksamkeit dann auf den Zeitpunkt der ersten Bestellung zurückbezogen werde, wenn die Erklärung richtig ausgerichtet sei. Eine Begründung für eine Unterscheidung zweier Zeitpunkte für das Wirksamwerden der Erklärung je nach dem richtigen Ausrichten läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten, da nicht der geringste Anhalt dafür vorhanden ist. Als ausschlaggebend anzusehen für das Wirksamwerden einer Erklärung bleibt der Entscheidung nach das *richtige* Ausrichten an den Erklärungsempfänger. Infolgedessen kann sie erst in diesem Zeitpunkt voll wirksam werden, da dieser der spätere ist und der Zeitlauf nicht ins Gegenteil gekehrt werden kann[32]). Die Härten, zu der diese Ansicht notgedrungen führen muß, werden nicht etwa dadurch gemildert, daß die Abgabe der Erklärung an eine „an sich geeignete" Mittelsperson, in der Regel also an einen Erwachsenen, erfolgen müsse. Zumal hiermit keine Garantie dafür gegeben ist, daß die Erklärung an den Empfänger weitergegeben wird. Denn auch eine „geeignete", mit noch so vorzüglichen geistigen Fähigkeiten ausgestattete Mittelsperson kann die Weitergabe vergessen oder falsch übermitteln[33]).

Das Wesentliche bei einer an Hausangehörige fernmündlich übermittelten Willenserklärung bleibt ihr wirkliches Ausrichten dem Erklärungsempfänger gegenüber. Nur dann kann sie wirksam werden, wenn sie von dem Empfänger vernommen wird. Die Rechtsstellung, die nun Hausangehörige bei der Übermittlung von Erklärungen einnehmen, kann zunächst eine Botenstellung sein. Nur fragt es sich im Hinblick auf die im Fernsprechverkehr erheblichere Bedeutung von Unklarheiten und Irrtümern, für wen die Mittelsperson tätig geworden sei. Abzulehnen ist die Ansicht, daß sie Bote des Erklärungsempfängers ist, wenn sie z. B. bei der Abgabe einer Erklärung gleichzeitig auf Antwort warten soll. Hierbei soll die Streitfrage, ob neben dem in § 120 BGB niedergelegten Boten noch ein Empfangsbote rechtlich möglich sei, keiner tiefschürfenden Erörterung unterzogen werden. Als ein Empfangsbote wäre jede Person anzusehen, die Willenserklärungen für eine andere Person

32) Jung in Arch. Seite 77 ff.
33) Bienengräber a.a.O., Seite 32.

empfangen und ihr übermittelt habe und die man ferner als Bote ansehen müßte, wenn sie, anstatt für ihren Geschäftsherrn Willenserklärungen entgegenzunehmen, solche von ihm abgegebene für ihn an Dritte übermitteln würde[34]). Gegen das Rechtsinstitut des Empfangsboten spricht zunächst § 174 ZPO, in dem die zum Empfange von Zustellungen — das sind aber nichts anderes als Willenserklärungen — bestellten passiven Mittelspersonen als Bevollmächtigte bezeichnet werden. Ferner können Erklärungen nur dem Empfänger wie auch seinem Vertreter „gegenüber" abgegeben werden. Ein Bote ist aber keine Vertragspartei. Erklärungen können nur „an ihn" nicht ihm gegenüber abgegeben werden[35]). Das BGB kennt nur die Einrichtung, daß Erklärungen durch einen Boten abgegeben, nicht aber auch empfangen werden. Für die Annahme eines Empfangsboten besteht jedoch nicht das überwiegend für seine Daseinsberechtigung zur Begründung herangezogene Bedürfnis, da zweifelhafte Fälle sich durch die Annahme einer Bevollmächtigung zur Empfangnahme der Erklärung lösen lassen.

Die Mittelsperson sei als bevollmächtigt anzusehen, da in der Aufforderung des Empfängers an sie eine Bevollmächtigung und damit eine passive Stellvertretung liege[36]). In der Aufforderung, auf Antwort zu warten, stets eine passive Stellvertretung zu erblicken, führt über das Ziel jedoch hinaus. Hatte nämlich die Mittelsperson z. B. einen Vertragsantrag zu überbringen, so wäre ein Vertrag durch sie selbst abgeschlossen worden, wenn der Gegner eine zustimmende Antwort gegeben hätte. Liegt in der zu erwartenden Antwort des Gegners ein Vertragsangebot, so könnte und müßte die Mittelsperson es nur sofort annehmen, denn man hätte es bei passiver Stellvertretung mit einem Vertragsschluß unter Anwesenden zu tun. Es würde eine Bindung des Empfängers an das Rechtsgeschäft eintreten, die den Gegner von jeder Gefahr hinsichtlich einer falschen Übermittlung und der daraus entstehenden Haftung befreien würde. In einer derartigen Aufforderung stets eine Bevollmächtigung zu erblicken, kann unmöglich den Lebensverhältnissen gerecht werden[37]). Es wird eine passive Stellvertretung eine Ausnahmeerscheinung bleiben, die in jedem Einzelfall besonders nachzuweisen wäre. Die Mittelsperson sei vielmehr durchweg als Bote des Erklärenden aufzufassen. Denn die Empfangnahme der Erklärung ist für die Boteneigenschaft das Wesentliche. Eine solche Tätigkeit liegt aber auch in dem Empfange der Antwort. Der ursprüngliche Bote des Erklärungsempfängers wird zum Boten des Antwortenden, da er ihn durch die Verwendung bezüglich seiner Antwort eben zu seinem Boten gemacht habe.

34) Cohn a.a.O., Seite 2.
35) Dötzer a.a.O., Seite 45 .
36) Hellwig in JW 1905, Seite 357.
37) Dötzer a.a.O., Seite 56/57, und auch zum Folgenden.

In jedem Falle wäre die Mittelsperson auf Seiten des Erklärungsempfängers als Bote des Erklärenden anzusehen, da letzterer diesen Weg der Übermittlung gewählt habe. Die Folge davon wäre, daß die Willenserklärung in dem Zeitpunkte wirksam werde, in dem der Empfänger von ihr Kenntnis erhält. Die Rechtsfolgen der Erklärung bestimmen sich aber nach dem, was die Mittelsperson ausgerichtet hat. So wie sie dem Empfänger zur Kenntnis kommt, wird sie wirksam. Ist die Erklärung entstellt worden, so ist der Erklärende gemäß § 120 BGB anfechtungsberechtigt mit der Maßgabe, daß er seinem Gegner im Rahmen des § 122 BGB zum Schadensersatze verpflichtet wird. Ob der Erklärungsempfänger sich aber auf die Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäftes verlassen kann, bleibt ungewiß. Denn regelmäßig wird es sich seiner Kenntnis entziehen, ob die Mittelsperson ihm die zu übermittelnde Erklärung richtig oder falsch mitgeteilt hat. Es entspricht wohl auch kaum der Billigkeit, daß nicht der Erklärende, der sich doch zur Abgabe der Erklärung einer Mittelsperson des Empfängers bedient, die Gefahr der Nichtübermittlung an letzteren tragen soll, sondern der Empfänger[38]).

In der Ungewißheit der Rechtsbeständigkeit der mündlichen Willenserklärung liegt für den Erklärungsempfänger eine Härte, die die Boteneigenschaft der Mittelsperson mit sich bringt. Zwar kommt es im Rechtsverkehr nicht selten vor, daß sich ein Gegner möglicherweise geirrt hat und auf Grund des Irrtums seine Erklärung anfechten kann. Diese Irrtumsgefahr, die man eben beim Sich-Einlassen in den Rechtsverkehr laufe, ist gegenüber den gewöhnlichen Fällen einer ordentlichen Übermittlung jedoch sehr erheblich vermehrt bei Verwendung von Boten[39]). Aus dieser für den Empfänger unerfreulichen Rechtslage führen die Gedanken der Stellvertretung heraus. Zwar ist die auf der Seite des Empfängers benutzte Mittelsperson regelmäßig kein passiver Stellvertreter. Wohl kann sie aber ein vollmachtloser Stellvertreter sein. Zur Begründung mag davon ausgegangen werden, daß die Tragung einer Gefahr zu Lasten desjenigen gehe, der eine über die gewöhnlichen Verhältnisse hinausgehende Gefahr, d. h. hier die Ungewißheit der Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäftes, in den Verkehr einführt. Es ist ein allgemeiner, in unserer Rechtsordnung nicht selten zum Ausdruck gekommener Grundsatz[40]). Offenbar aus diesem Gedanken der Gefahrsteigerung sei dem Empfänger das Recht zu geben, eine durch Boten des Erklärenden wie auch durch eigene Dienstboten mündlich oder telephonisch überbrachte Kündigung trotz richtiger Bestellung als ungültig abzulehnen, weil dieser Weg nicht

38) Düringer-Hach. IV, Seite 55 Anm. 67.
39) Jung, Arch. Seite 79.
40) Man denke an die sogen. Gefährdungshaftung z. B., an Haftpflicht und Kraftfahrzeuggesetz.

verkehrsüblich sei[41]). Es kommt jedoch nicht auf die Verkehrsüblichkeit an, sondern die „moralisierende Erwägung" entscheide, ob man dem Gegner in dieser Form eine Übermittlung hat zumuten dürfen. Da jedoch das Recht schweigt und ausschlaggebend bleibt, daß dem Empfänger die Gefahr einer entstellten Übermittlung nicht aufgebürdet werden darf, wird eine Begründung unmittelbar aus der Rechtsüberzeugung versucht werden müssen[42]).

Es ist zur Begründung der letzte Satz des § 180 BGB heranzuziehen. Nach dieser Gesetzesbestimmung hängt die Wirksamkeit eines einseitigen Rechtsgeschäftes, das einem unberufenen Vertreter mit dessen Einverständnis gegenüber vorgenommen wird, von der Genehmigung des Vertretenen ab. Die Mittelsperson ist als vollmachtloser Vertreter des Erklärungsempfängers aufzufassen. Die empfangsbedürftige mündliche Willenserklärung würde daher bei Genehmigung in dem Augenblick der Kenntnisnahme durch die Mittelsperson wirksam werden, da die nach § 177 BGB erfolgte Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirke. Dagegen wird eingewendet, daß die Auffassung, daß der Erklärende die Erklärung gegenüber der Mittelsperson als vollmachtlosem Vertreter abgebe, zum größten Teil nicht dem Willen des Erklärenden entspreche. Vielmehr werde die Erklärung nicht an den Hausangehörigen mit der Wirkung für den Hausherrn aufgetragen, sondern sie soll lediglich durch dessen Tätigkeit an den Erklärungsempfänger gelangen[43]). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß bei der Frage nach der unmittelbaren Fremdwirkung einer Willenserklärung viel zu große Anforderungen an das juristische Bewußtsein der Parteien gestellt werden. Ein Handeln in fremdem Namen, das als solches stets, wenn auch nur stillschweigend, festgestellt werden müsse, wird gerade nicht verlangt werden dürfen. In dem Verlangen nach diesem Erfordernis liegt eine Nachwirkung des römischen Rechts, das der Stellvertretung überhaupt abgeneigt gewesen ist, und eine romanistische Neigung, die souveräne Einzelrechtskreise nach Möglichkeit getrennt gehalten und soziale Abhängigkeiten und Verbindungen verkannt hat. Vielmehr müsse, aus der vorhandenen Absicht auf w i r t s c h a f t l i c h e Fremdwirkung des Rechtsgeschäftes unbedenklich auf die juristische Absicht einer unmittelbaren Fremdwirkung der Erklärung, d. h. aber nichts anderes als Stellvertretung, geschlossen werden. Über dem rein Formalen steht das wirtschaftliche Ziel, das erreicht werden soll und muß. Wenn der Erklärende die Willenserklärung, die im Rechtskreis des Empfängers und nicht in dem der Mittelsperson wirken soll, an letztere zur Weitergabe an den Empfänger gerichtet hat, so kann damit auch als festgestellt hin-

41) Cosack, Lehrbuch I, Seite 200.
42) Jung a.a.O., Seite 80 ff.
43) v. Tuhr a.a.O., Seite 437.

genommen werden, daß eine unmittelbare Fremdwirkung bezweckt gewesen ist. Dieser Schluß folgt mit Notwendigkeit daraus, daß die Parteien rechtsgeschäftliche Handlungen stets auf schnellstem Wege zu erreichen suchen und gemäß § 140 BGB Rechtsgeschäfte in einem möglichst erhaltenden Sinne und nach der rechtlich wirksamsten Weise rechtlich aufrechtzuerhalten sind. Andernfalls liegt in der Forderung, daß die bezweckte Fremdwirkung die juristische Form eines erkennbaren „Handelns in fremdem Namen" bzw. hier „des Handelns an fremdem Namen" annehmen müsse, die Kenntnis juristischer Einteilungen und Namen, die der Verkehr wie die in ihm Handelnden besitzen müßten. Diese Schlußfolgerung zu ziehen, täte jedoch den Tatsachen Gewalt an und würde von völliger Weltfremdheit zeugen[44]).

Das Verkehrsbedürfnis steht jedoch einer Erweiterung des Stellvertretungsbegriffes durchaus günstig gegenüber. Das zeigt sich insbesondere in der angelsächsischen Rechtswelt, die von den Einflüssen des römischen Rechtes freier geblieben ist und germanische Rechtsgedanken in größerem Maße bewahrt hat als unsere Rechtsordnung. Denn in ihr wird der Grundsatz „qui facit per alium, facit per se" erheblich hemmungsloser durchgeführt. Wenn gegen die vollmachtlose Stellvertretung der Mittelsperson mit der Begründung Stellung genommen wird, daß das gesetzte Recht es verbiete, die entwickelten Schlüsse auf die Absicht der Parteien dann zur Anwendung zu bringen, wenn diese zur Erreichung ihrer Zwecke ausdrücklich wie auch gemäß der Verkehrssitte nach Treu und Glauben erkennbar die juristische Verwirklichung der Fremdwirkung in anderer Weise angestrebt hätten[45]), so kann dem nicht beigetreten werden. Denn gerade der erklärte Wille, der durchweg als maßgebend das Bürgerliche Gesetzbuch durchzieht, hat nicht die juristische sondern die wirtschaftliche Verwirklichung der Fremdwirkung zum Ziele. Weil der Erklärende seine Erklärung mit Hilfe der Mittelsperson an den Erklärungsempfänger gerichtet hat, erscheint folgerichtig diejenige rechtliche Unterbringung des Tatbestandes als geboten, die die Fremdwirkung, die Überleitung der Erklärung vom wirklichen Empfänger auf einen anderen, am wirksamsten und raschesten herbeizuführen vermag. Das bleibt nun einmal die Stellvertretung des endgültigen Empfängers durch die Mittelsperson[46]). Bedenken, die dadurch entstehen könnten, daß der von der Genehmigung des Empfängers abhängige Schwebezustand den Erklärenden unbillig belasten könnten[47]), erscheinen durch die von dem Erklärenden bewußt übernommene Ungewißheit, die unvollkommene Art der Übermittlung gerechtfertigt.

44) Jung a.a.O.
45) Schäfer a.a.O., Seite 42/43.
46) Jung, Arch. Seite 84.
47) v. Tuhr a.a.O., Seite 437; dagegen Jung a.a.O., Schäfer a.a.O., Seite 43, Titze Seite 320 Anm. 34.

Die einer Mittelsperson auf Seiten des Erklärungsempfängers abgegebene mündliche oder fernmündliche Willenserklärung nimmt erstere als Vertreter ohne Vertretungsmacht entgegen. Der Empfänger hat die Möglichkeit, sie gemäß § 184 Abs. I BGB zu genehmigen und sie rückwirkend im Zeitpunkt des Vernehmens durch die Mittelsperson rechtswirksam werden zu lassen. Dadurch ist die Unsicherheit der Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäftes vom Empfänger genommen, die durch die Anfechtungsmöglichkeit des Erklärenden anderenfalls bestehen würde.

Es tritt nun auf Seiten des Erklärenden eine Mittelsperson auf, die dem Erklärungsempfänger eine Willenserklärung übermittelt. Diese Mittelsperson kann einmal ein Vertreter des Erklärenden sein. Hierbei gilt nichts Besonderes. Aus dem Grundsatz der direkten Stellvertretung folgt, daß die Willenserklärung genau so behandelt wird, als habe der Erklärende selbst sie abgegeben. Ob eine ausdrückliche oder stillschweigende Vertretungsmacht erteilt ist, bleibt für die Wirksamkeit der Erklärung unerheblich. Rechtswirksamkeit erhält eine Willenserklärung in dem Augenblick, in dem sie der Erklärungsempfänger oder sein Stellvertreter vernimmt; bei einem Vertreter ohne Vertretungsmacht zwar mit rückwirkender Kraft, jedoch nur dann, wenn sie der Geschäftsherr genehmigt. Liegt weder eine ausdrückliche Vertretungsmacht kraft Gesetzes noch Bevollmächtigung zur Abgabe der Erklärung vor, und läßt sich auch nicht einmal eine stillschweigende Vertretungsmacht aus den Geschäften herleiten, die jemand in einer derartigen Rechtsstellung verkehrsüblich für einen anderen vorzunehmen pflegt[48]), so ist die Mittelsperson nur Bote bei der Übermittlung der Erklärung des Geschäftsherrn. Sie hat es insofern bequemer als ein gewöhnlicher Bote, als sie sich den Gang zum Empfänger dadurch erspart, daß sie die Bestellung durch den Fernsprecher erledigt.

Von einer Mittelsperson kann man dann nicht mehr sprechen, wenn von einer Sprechstelle von einer Person für einen anderen eine Erklärung abgegeben wird, die weder Vertretungsmacht noch Auftrag des Betreffenden zur Abgabe von Erklärungen hat und deren Äußerungen auch nicht nachträglich von dem Betreffenden genehmigt werden. Es handelt sich um Fälle, in denen ein Fernsprecher zur Abgabe von Erklärungen mißbraucht wird, die für den Fernsprechinhaber im allgemeinen nicht rechtserheblich werden. Die gegenteilige heute allgemein abgelehnte Ansicht, die den Inhaber der Fernsprechstelle bei deren Mißbrauch haften ließ, hatte ihren Grund darin, daß der Fernsprechinhaber infolge der Unsicherheiten, die der Fernsprechverkehr mit sich bringe, den Rechtsverkehr gefährde und infolgedessen stillschweigend die Haftung dafür übernähme, daß Unberufene zur Abgabe von Willenserklärungen sich nicht des An-

48) Danz a.a.O., Seite 225.

schlusses bedienen werden[49]). Eine solche Haftung, die weder im Gesetz einen Anhaltspunkt findet noch rechtspolitisch wünschenswert wäre, würde vielmehr die Fälle der Gefahrtragung nur unbillig vermehren. Denn ein Anschluß ans Fernsprechnetz hat einem Dritten gegenüber allein die Bedeutung, sich rechtsgeschäftlich auf diese Art zu verständigen. Die Nachteile, die den Inhaber anderenfalls treffen würden, ständen in keinem Verhältnis zum Vorteil der Schnelligkeit des Verkehrsmittels[50]). Es läßt sich ferner auch nicht sagen, daß dem durch den Fernsprecher eine Erklärung Abgebenden eine Vermutung dafür zur Seite stehe, er sei zur Abgabe von Willenserklärungen bevollmächtigt. Denn es gibt keinen guten Glauben bezüglich der Erteilung oder des Umfanges einer Vertretungsmacht, worauf sich eine derartige Vermutung stützen könnte, im Rechtsverkehr ebensowenig wie im sonstigen Rechtsleben[51]). Das muß ebenfalls für den kaufmännischen Geschäftsverkehr Geltung beanspruchen. Denn weder das BGB gibt einen Anlaß dafür, daß sämtliche Angestellte durch eine Fernsprechanlage zum Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigt werden noch erscheint es aus den Bedürfnissen und Gewohnheiten des Handelsverkehres gerechtfertigt. Es läßt sich nämlich auch nicht aus § 171 BGB derart ein allgemeiner Rechtssatz herleiten, daß überall da eine unanfechtbare Scheinvollmacht anzunehmen sei, wo durch einen äußeren jemandem zurechenbaren Tatbestand verkehrsmäßig der Schein einer Vollmacht hervorgerufen werde. Das würde praktisch auf eine Beseitigung der im § 167 BGB liegenden Grundnorm der Vollmachterteilung hinauslaufen[52]). Von einer Haftung für die Benutzung eines Fernsprechers durch Unberufene und von einer Rechtswirksamkeit von deren Erklärungen dem Inhaber gegenüber kann daher nicht gesprochen werden, auch nicht bei einem Kaufmann.

Es gibt jedoch Fälle, in denen der Fernsprechinhaber für die von einem Unbefugten abgegebenen Erklärungen einzustehen hat. Das wird immer dann der Fall sein, wenn in einem kaufmännischen Betriebe der Geschäftsherr eine vollmachtlose Stellvertretung am Fernsprecher duldet, da er für verpflichtet zu halten ist, eine sorgsamere Überwachung des Apparates herbeizuführen. Duldet ein Kaufmann das vollmachtlose Auftreten von kaufmännischen Angestellten, so setzt er nach außen und daher Dritten gegenüber den Schein einer Vollmacht und muß sich sein Verhalten zurechnen lassen. Denn in dem unwidersprochenen Gewährenlassen verletzt der

49) Jörges in ZHR, Band 56, Seite 71. Mit Abweichungen Staub in 6./7. Auflage § 54 Anm. 11.
50) Sander a.a.O., Seite 40. Dafür auch im allgemeinen Düringer-Hach. § 54 Anm. 6.
51) Schäfer a.a.O., Seite 39; RG in JW 1925 Seite 611 und Bondi ebenda.
52) Manigk in Beiträge II Seite 620. Nicht haltbar Düringer-Hach. § 54, Anm. 6 unter Berufung auf die vereinzelt gebliebene Entscheidung des OLG Hamburg in Hans. GZ. 1913 Hauptblatt 308.

Geschäftsherr die ihm im Verkehre obliegende Sorgfaltspflicht. Letztere bleibt aber in jedem Falle die Voraussetzung der Zurechenbarkeit des durch die äußere Stellung hervorgerufenen Rechtsscheines, da das Schuldprinzip bei der Zurechnung der Scheinvollmacht für erforderlich zu halten ist[53]). Die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes läßt sich im allgemeinen nicht soweit ausdehen, daß er stets bei Mißbrauch des Fernsprechers durch beliebige Angestellte als Vertragspartei haften muß. Nach Treu und Glauben müssen auch die Interessen des Geschäftsherrn eine billige Berücksichtigung finden. Das kann leicht dadurch erreicht werden, daß man den Gegner zur näheren Prüfung der Vertretungsmacht des Angestellten für verpflichtet ansieht. Denn es ist für den, der ein Rechtsgeschäft tätigen will, ein Leichtes, sich bei dem Antwortenden nach dessen Stellung im Geschäft seines Vertragsgegners zu erkundigen. Es müssen daher Umstände, die er kennt wie auch diejenigen, die er hätte kennen müssen oder bei der Nachfrage erfährt, ihm zugerechnet werden. Aus der Erheblichkeit des Kennens oder Kennenmüssens entspringt für den Dritten die Prüfungspflicht[54]). Hat daher der Geschäftsherr die vollmachtlose Vertretung seitens seiner kaufmännischen Angestellten geduldet und damit schuldhaft den Schein einer Vollmacht gesetzt, so muß er für das Tun seines Angestellten einstehen, wenn der Geschäftsgegner seiner Prüfungspflicht nachgekommen ist. Für Angestellte, die nur zur Bedienung des Fernsprechers angestellt, aber nicht zur Entgegennahme von Erklärungen für den Geschäftsinhaber befugt sind, also nur Dienstleistungen niederer Art versehen, greifen auch diese Gesichtspunkte nicht durch. Sie sind nicht fähig, bindende Erklärungen abzugeben[55]).

Hat der Fernsprechinhaber keine Veranlassung für das Bestehen einer Scheinvollmacht gegeben und seiner Sorgfaltspflicht genügt, so kann man ihn trotzdem für einen Mißbrauch des Fernsprechers durch seinen Angestellten dann verantwortlich machen, wenn er nachträglich von dem Inhalt eines Ferngesprächs Kenntnis erhält und sich passiv verhält. Das wird aber nur für einen Kaufmann auf Grund seiner Rechtsstellung im Rechtsverkehre zu gelten haben. Man muß nämlich den kaufmännischen Fernsprechinhaber für verpflichtet halten, bei nachträglicher Kenntnis den Betroffenen über den wahren Sachverhalt aufzuklären und falls er das nicht unverzüglich tut, ist er dem Dritten zum Schadensersatz verpflichtet[56]). Das rechtfertigt sich daraus, daß der Dritte, zumal wenn er sich noch

53) Manigk in Beiträge 11, Seite 642 ff. (650); Staub Anh. zu § 361 Anm. 31; Düringer Hach. IV Einleitung. Anm. 14; Seite 164 ff.; in Jur. Rundschau 1931 Seite 150 f.

54) Manigk a.a.O. Für Prüfungspflicht auch RG Band 102, Seite 295 ff. (296) u. and. Orten; Staub a.a.O., Anm. 31a; Bondi in JW 1925, Seite 611, Ziffer 15 als Anm. u. a.

55) RG in JW 1925, Seite 61 Ziffer 15.

56) Staub § 54 Anm. 13a.

nach der Rechtsstellung des Angestellten erkundigt und eine verläßliche Auskunft erhalten hat, gutgläubig auf den Abschluß dieses Vertrages vertraut. Widerspricht der Kaufmann nach erlangter Kenntnis nicht unverzüglich, so muß er sein Schweigen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Genehmigung im Sinne der §§ 177, 182 BGB gegen sich gelten lassen[57]). Eine allgemeine, darüber hinausgehende Rechtspflicht zur Aufklärung des Sachverhaltes, kann auch für den Kaufmann nicht angenommen werden. Sie findet im Gegensatz keine Stütze und wäre rechtspolitisch aus den gleichen Gesichtspunkten abzulehnen, die zur Ablehnung einer allgemeinen Haftung des Anschlußinhabers für die mißbräuchliche Benutzung des Fernsprechers geführt haben.

4. Abschnitt.

Eine durch den Fernsprecher abgegebene Willenserklärung wird grundsätzlich erst dann wirksam, wenn der Erklärungsempfänger oder sein Stellvertreter von ihr Kenntnis erhalten hat. Es kann aber der Fall eintreten, daß es zu keinem Vernehmen kommen kann, da der Empfänger sie nicht hören will. Denn eine Verpflichtung allgemein zur Entgegennahme von Willenserklärungen besteht nicht. Weder läßt sich sagen, es sei jemand verpflichtet, sich zur Entgegennahme von Erklärungen ständig bereit zu halten, noch liegt in der Einrichtung eines Fernsprechanschlusses eine Verpflichtung, allgemein zur Entgegennahme von Erklärungen auf diesem Wege Sorge zu tragen[1]). Wenn der Empfänger auch die Möglichkeit hat, eine fernmündliche Erklärung dadurch zu vereiteln, daß er sich nicht an den Apparat begibt, so kann er das Wirksamwerden der Erklärung nur hinausschieben, aber sich ihr nicht gänzlich entziehen. Es bleibt dem Erklärenden der Weg der Zustellung gemäß § 132 BGB stets erhalten. Diese Möglichkeit bringt ihm jedoch dann keinen Nutzen, wenn es sich um die Wahrung einer Frist handelt. Eine gesetzliche Vorschrift, die eine Vereitelung des Wirksamwerdens von Willenserklärungen regelt, so wünschenswert sie auch wäre, ist jedoch nicht vorhanden. Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich bemüht, soweit ein Schutzbedürfnis des Erklärenden anzuerkennen ist, allgemein gültige Rechtssätze aufzustellen[2]). Ein Schutzbedürfnis wird allgemein dann anerkannt, wenn der Erklärungsempfänger den „Zugang" oder das rechtzeitige „Zugehen" einer Willenserklärung schuldhaft verhindert. Hat der Erklärende seinen Gegner oder dessen Ersatzempfänger vergeblich zu erreichen versucht, ohne daß der

57) RG Band 103, Seite 98; Neufeld Vorbem. § 362 Anm. 8 a. E.
1) Bienengräber a.a.O., Seite 21.
2) Eine erschöpfende Behandlung dieser Frage ist wegen ihres Umfanges nicht angebracht. Es sei auf die Dissertation von Kutzner und die Schrift von Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo 1930, verwiesen.

Erklärungsempfänger dafür verantwortlich zu machen wäre, so liegt keine Erklärungsverhinderung vor. Denn dafür, daß letzterer z. B. krank gewesen oder fortgegangen ist, ohne daß er eine Erklärung erwarten durfte und daher auch keine Ersatzperson mit der Empfangnahme vertraut hat, steht der Erklärende ganz allein ein. Ihn trifft der Schaden, der durch diesen Zufall entstanden ist. Denn die Übermittlung einer Willenserklärung erfolgt auf Gefahr des Erklärenden. Für diese wohl selten vorkommenden Fälle mangelt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, ohne daß dieser Mangel als Unvollkommenheit empfunden werden dürfte[3]).

Um zu einem den Interessen der Beteiligten gerechten Ergebnisse zu gelangen, hat man mit Fiktionen gearbeitet. Man erklärt die infolge der Verhinderung abgelaufene Frist für verlängert und läßt eine Nachholung der Erklärung zu. Erfolgt sie, so hat ein noch rechtzeitiger „Zugang" der Erklärung stattgefunden. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Willenserklärung sollen durch diese Fiktion umgestaltet werden. Zur Begründung wird aus den dem Gläubigerverzug enthaltenden Rechtsnormen, d. h. also aus dem Schuldrecht, die Regel entnommen, daß das zur rechtzeitigen Erfüllung einer Verbindlichkeit erforderlich Getane den Schuldner zu verspäteter Leistung berechtige, wenn der Gläubiger auch nur zufällig die rechtzeitige Leistung verhindert haben sollte. Als weiteres Erfordernis für eine Fristverlängerung müssen jedoch noch besondere Umstände des Einzelfalles hinzukommen. Als solche kommen nur in Frage eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Entgegennahme einer mündlichen Willenserklärung und ein außervertraglicher Schadensersatzanspruch wegen des erlittenen Fristverlustes gegen den Erklärungsempfänger[4]). Eine Untersuchung, ob auch nur eines der aufgestellten Erfordernisse bei der Annahmeerklärung zutreffen muß, erfolgt jedoch nicht. Die Folge aus dem Analogieschluß des Gläubigerverzuges, daß nämlich eine Fristverlängerung unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers sei, führt bei zufälliger Vereitelung zur Gefahrtragung des Erklärungsempfängers. Das steht aber im Widerspruch zu dem im § 130 BGB enthaltenen Rechtsgedanken. Unter dem Zugangsbegriff des § 130 BGB ist der ganze Weg zu verstehen, den eine Willenserklärung von ihrer Abgabe bis einschließlich zur Möglichkeit der Kenntnisnahme unter regelmäßigen Verhältnissen zurückzulegen hat. Eine Trennung zwischen Beförderung und dem eigentlichen Zugang zu machen und nur die Gefahr für erstere den Absender tragen zu lassen, ist nicht angängig. Der zur Beweisführung der gegenteiligen Ansicht herangezogene § 149 BGB, der im Falle einer Verspätung bei unregelmäßiger Beförderung die Rechtzeitig-

3) Regelsberger a.a.O., Seite 275.
4) Titze Seite 266, 268 und in Iher. Jahrb., Band 47, Seite 453.
5) Oertmann § 130 Anm. 4a.

keit fingiere, wenn vom Empfänger nicht unverzüglich widersprochen werde, kann letzterem dann nicht mehr zugestanden werden, wenn der Erklärende wegen der Vereitelung des nach der Beförderung liegenden Zuganges durch den Empfänger selbst die Gefahr nicht mehr tragen würde[5]). Die Gefahr, die der Erklärende bis zur Wirksamkeit einer Willenserklärung zu tragen hat, umfaßt den ganzen Vorgang des Zuganges. Das ist der Sinn, der dem § 130 BGB zugrunde liegt[6]). Ferner läßt sich aus dem Gläubigerverzug keineswegs entnehmen, daß die nun einmal nicht erfolgte Leistung als bewirkt gelten soll. Denn die Regelung der §§ 293 ff. BGB ist ausdrücklich nur darauf beschränkt, daß eine verspätete E r f ü l l u n g als rechtzeitig erfolgt zu gelten habe. Eine Verpflichtung des Antragsempfängers endlich zur Abgabe der Annahmeerklärung besteht ebenfalls nicht. Darauf hat der Erklärende kein Recht; denn erst die Annahmeerklärung begründet Rechte und Pflichten[7]). Zur Abgabe der Erklärung ist er nur berechtigt. Daher kann dem freiwillig Annehmenden nicht der gleiche Schutz gewährt werden wie einem gezwungen handelnden Schuldner. Eine analoge Anwendung ist wegen fehlender Gleichheit des Grundes nicht möglich. Die Regelung des Gläubigerverzuges stellt obendrein eine Ausnahme von dem im BGB herrschenden Verschuldensgrundsatz dar.

Ein Teil der Rechtsansichten geht einfach dahin, daß sie die durch Verhinderung ihrer Abgabe wie ihrer Wahrnehmung nicht wirksam gewordene Willenserklärung als rechtswirksam geworden betrachtet. Wenn die Verhinderung der Wahrnehmung vereinzelt nicht einbezogen wird[8]), so beruht das auf der unrichtigen Vorstellung, § 130 Abs. I BGB sei auf nicht verkörperte Willenserklärungen in Ausnahmefällen analog anzuwenden, und es genüge daher nur eine Wahrnehmungsmöglichkeit. Eine Ausnahme für diese Fälle der Verhinderung zu machen, wenn man im übrigen an dem Erfordernis des wirklichen Vernehmens festhält, erscheint nicht gerechtfertigt. Ein Bedürfnis wie auch eine rechtliche Begründung, eine nun einmal nicht wirksam gewordene Erklärung schlechthin als zugegangen zu betrachten, werden sich schwerlich finden lassen. Eine Begründung unter unmittelbarer oder analoger Heranziehung des § 162 BGB[9]) Anmerkung ist nicht haltbar, auch dann nicht, wenn der Empfänger das rechtzeitige Wirksamwerden der Erklärung vorsätzlich verhindert hat. Der im § 162 BGB festgelegte Rechtssatz enthält jedoch nur rechtsgeschäftliche Nebenbedingungen, die stets dann Wirksamkeit erlangen, wenn der Rechtserfolg wider Treu und Glauben zum

6) Kutzner Seite 12 und 24 ff.
7) Schäfer a.a.O., Seite 54/55; RG Band 63, Seite 280 ff.
8) z. B. Planck § 130 Anm. 5, 2. Abs. Kutzner Seite 13. Dagegen Oertmann Kart.Ausk. Anm. 1,2; im Grunde auch Leonhard in Jher. Jahrb., Band 45, Seite 33.
9) Habicht Seite 267; Kunstmann a.a.O., Seite 94.

Schaden des Gegners verhindert oder herbeigeführt wird. Rechtsgeschäftliche Bedingungen sind jedoch keine Rechtsbedingungen. Was aber beim Vorliegen einer „Rechtsbedingung", d. h. dem gesetzlichen Tatbestand des Wirksamwerdens einer Willenserklärung zu gelten habe, blieb unerwähnt und sollte in dieser Rechtsnorm nicht mitentschieden sein. Für jene kommt § 162 BGB nicht in Frage. Ferner setzt die genannte Vorschrift nur vorsätzliches Handeln voraus, da man nur bei einem solchen von einem Verstoß gegen Treu und Glauben wird sprechen können[10]. Nur bei vorsätzlicher Verhinderung den Erklärungsempfänger verpflichtet zu halten, die Erklärung als rechtzeitig wirksam geworden zu betrachten, damit können die Fälle unmöglich erschöpft sein, da man ihn ja sogar bei zufälliger Verhinderung in Anspruch nehmen will. Den Grundsatz von Treu und Glauben des § 162 BGB auf Rechtsbedingungen analog anwenden zu wollen, erscheint im vorliegenden Falle nicht zulässig. Die in ihm enthaltene Bestimmung sei zwar einer analogen Anwendung fähig, da sie nicht als Einzelerscheinung im BGB vorhanden ist, sondern ein das ganze Rechtsgebiet beherrschender und des öfteren zutage tretender Rechtsgedanke dieses Inhaltes[11]. Wenn der Grundsatz von Treu und Glauben auch an anderen Orten z. B. in § 815 BGB in Erscheinung tritt, so muß doch eine analoge Anwendung hier, d. h. die Fiktion eines rechtzeitigen Wirksamwerdens, abgelehnt werden. Denn es kann nicht Sinn des Gesetzes sein, daß für eine jede Verletzung dieses Grundsatzes eine Fiktion gelte, als sei eine Verletzung niemals geschehen[12]. Durch eine vorsätzliche Pflichtverletzung wird der Empfänger nach Treu und Glauben nur gehindert, eine Verspätung des Zuganges zum Nachteile des Erklärenden geltend zu machen. Darin kann aber keine Fiktion des rechtzeitigen Zuganges begründet liegen. Denn durch eine solche Unterstellung würde das Interesse des Empfängers an der *Kenntnis*nahme der Erklärung über das Maß hinaus mißachtet werden, das im Interesse des Erklärenden an einem *recht*zeitigen Zugang gefordert werden muß[13].

Man versucht dem Erklärenden, dessen Erklärung nicht wirksam wurde aus einem Grunde, der beim Erklärungsempfänger liegt, mit Hilfe eines Schadensersatzanspruches wegen unerlaubter Handlung zu helfen. Dem Erklärenden, der an der Wirksamkeit seiner Erklärung ein Interesse habe, sei auf Grund von § 826 BGB ein Schadensersatzanspruch zuzubilligen[14]. Diese Gesetzesbestimmung wird in den wenigsten der Fälle anwendbar sein, da sie ein vorsätzliches Handeln wider die guten Sitten erfordert, das dem Er-

10) Planck § 130 Anm. 5a.
11) RG Band 54, Seite 406.
12) Planck a.a.O. und im Grunde Schäfer a.a.O. Seite 54; Kußner a.a.O. Seite 16.
13) Lehmann, Seite 205.
14) Endemann § 66, Anm. 23.

klärenden einen Schaden zufügt. Letzterem wird auch nur sehr selten mit einem Schadensersatz gedient sein, da der Schadenersatzanspruch zunächst auf Wiederherstellung, Beseitigung des schädigenden Zustandes geht, wäre der Schadensersatz zu leisten in der Form, daß die Verhinderung des Zugehens beseitigt, daß das Zugegangensein angenommen wird. Wegen der Beweisschwierigkeiten würde er seinen Anspruch wohl kaum mit Erfolg durchsetzen können. Auch § 823 Abs. 1 BGB führt nicht zum Ziele[15]). Diese außervertragliche Haftung sei auf die Verletzung eines sogenannten „Kann"-Rechtes d. h. eines Gestaltungsrechtes zu stützen. Diese Verletzung läge in der Vereitelung eines Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts-Rechtes. Durch Erklärung seien sie als „sonstige Rechte" überhaupt mit diesen Wirkungsmöglichkeiten zu betrachten. Unerörtert mag die Möglichkeit der Verletzung eines solchen Rechtes bleiben. Jedenfalls kann ein solches Gestaltungsrecht nur von einer oder mehreren Personen verletzt werden, da die in Frage stehenden Rechte nur bestimmten Personen gegenüber zustehen. Nicht allwirksame Rechte d. h. Forderungsrechte, die nicht gegen jedermann wirken, fallen richtiger Ansicht nach jedoch nicht unter die sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB. Ihnen gegenüber versagt der Rechtssatz. Umso weniger können Gestaltungsrechte unter diese Gesetzesbestimmung fallen, da sie Forderungsrechte erst begründen[16]).

Unzureichend bleiben die Ansichten, die sich mit einem Hinweis auf Treu und Glauben den rechtzeitigen Zugang einer einmaligen versuchten Erklärung zu unterstellen begnügen, wenn der Erklärungsempfänger das „Zugehen" der Erklärung arglistig verhindert habe[17]). Es werden hierunter die Fälle verstanden, in denen bei bestehender direkter oder indirekter Verpflichtung zur Entgegennahme der Erklärung — das heißt also die innerhalb einer bestimmten Frist aus vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten entgegengenommen werden müssen oder mit deren Abgabe aus den Vertragsverhandlungen heraus zu rechnen ist — die Abgabe oder die Entgegennahme vereitelt werde. Voraussetzung ist jedoch stets arglistiges Verhindern der Willenserklärung. Wenn mit der einmaligen Abgabe der Erklärung die Betätigung des Erklärenden als beendigt angesehen wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß dieser Gedanke, ein vereitelter Zugang gelte als Erfolg, um sich auf Treu und Glauben berufen zu können, im ganzen Rechtssystem zum Ausdruck kommen muß. Aus § 132 BGB, der nur im Zusammenhang mit § 130 BGB verständlich und verwertbar ist, folgt aber gerade das Gegenteil. Denn wäre das Ergebnis ein allgemeiner Rechtssatz, so wäre die einmalige und ausdrückliche Bestimmung des § 132 BGB überflüssig. Daher läßt sich bei einer vereitelten Willens-

15) Wie J. Breit, Seite 595 behauptet.
16) Planck § 130 Anm. 5b; Kutzner Seite 23 u. a.
17) Staub § 361 Anm. 9; Jörges ZHR Band 56, Seite 75.

erklärung der Zugang als Erfordernis der Wirksamkeit nicht unterstellen[18]). Abzulehnen ist auch die in gleicher Ebene liegende Ansicht, die in einem vom Empfänger verschuldeten verspäteten Zugehen einer Willenserklärung zwar keinen Verstoß gegen Treu und Glauben sieht, wohl aber in dem Sich-berufen des Empfängers auf die Verspätung. Er mache sich einer Verletzung dieses Grundsatzes schuldig, wenn der Erklärungsempfänger aus seinem Verschulden einen Vorteil zum Nachteil des Gegners herzuleiten gedenke[19]). Dieser in seiner Allgemeinheit nicht unbedenkliche Satz würde zur Prüfung einer weiteren Voraussetzung führen, ob die verhinderte Erklärung zum Vorteil für die eine, zum Nachteil für die andere Partei gereiche und erstere ihren Vorteil bei der Geltendmachung der Verspätung auch verfolge[20]). Im Grunde liegt hierin nichts anderes als die Annahme einer „exceptio doli generalis". Für das deutsche bürgerliche Recht ist aber eine in ihrer Allgemeinheit so weitreichende, durch die Rechtsprechung geschaffene Einrede nicht anzuerkennen[21]). Allgemein ist zu diesen Ansichten zu sagen, daß sie praktisch recht wenige Fälle der Wirksamkeitsverhinderung einer Erklärung erfassen, da sie auf Seiten des Empfängers ein arglistiges Handeln voraussetzen. Auch lassen sich die in Frage stehenden Fälle bei bestehender direkt oder indirekter Verpflichtung zur Entgegennahme von Erklärungen mit Hilfe der allgemein von Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannten Lehre von dem Verschulden beim Vertragsschluß einwandfrei lösen[22]).

Der Erklärungsempfänger mache sich schadensersatzpflichtig, wenn für ihn eine Verpflichtung bestanden hat, für die Entgegennahme einer Willenserklärung Sorge zu tragen und er diese Verpflichtung schuldhaft, vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat. Eine derartige Rechtspflicht kann aus einer dahingehenden Vereinbarung begründet sein oder sich aus sonstigen zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechtsverhältnissen einer den §§ 133, 157 BGB gerecht werdenden Auslegung ergeben. Eine Rechtspflicht wäre auch dann anzunehmen für die Fälle, in denen Willenserklärungen innerhalb einer Frist abgegeben werden müssen. Eine allgemeine Pflicht zur Empfangsbereitschaft wird jedoch ausdrücklich abgelehnt[23]). Soweit rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zur Entgegennahme von Willenserklärungen bestehen, greifen Schadensersatzansprüche ein, zumal auf Grund des Rechtssatzes des Verschuldens beim Vertragsschlusse. In allen anderen Fällen, insbesondere denjenigen, in welchen Fristen zu wahren sind, läßt sich zweifellos nicht sagen, der Erklärende gebe mit der Antragstellung z. B. gleichzeitig das Versprechen ab, er werde während des Laufes der Frist jederzeit für die

18) Kutzner a.a.O., Seite 16 ff.
19) RG Band 58, Seite 406 ff.
20) Planck § 130 Anm. 5b.
21) v. Tuhr, Seite 446; Oertmann § 130 3 i ß
23) Schäfer a.a.O., Seite 55.

Entgegennahme der fernmündlichen Erklärung Sorge tragen. Eine solche weitgehende Verpflichtung kann weder vom Verkehrsbedürfnis gefordert, noch nach geltendem Rechte aus der Gebundenheit des Antragenden gefolgert werden. Denn diese Gebundenheit hat nur die Bedeutung dem Anerklärten die Möglichkeit zu geben, innerhalb einer Frist durch die Annahme einen rechtswirksamen Vertrag zustande zu bringen, nicht aber, ihn für verpflichtet zu halten, bei der Herstellung notwendiger Voraussetzungen für eine gültige Annahme mitzuwirken[24]). Rechte und Pflichten entstehen erst durch die Annahme eines Antrages. Hätte der Antragsempfänger mit dem Angebot schon ein „Recht" erlangt, so müßte er z. B. als Geschäftsführer verpflichtet sein, nach Beendigung der Geschäftsführung dem Herrn das Angebot herauszugeben. Das wird jedoch ausdrücklich abgelehnt[25]). Andernfalls müßte man notgedrungen den einfachen Vertragsschluß in zwei Teile zerlegen, in ein Rechtsgeschäft, das die Hervorbringung eines Gestaltungsrechts zum Inhalte habe, und eines, das in der Ausübung dieses Rechtes d. h. in der Abgabe der Annahmeerklärung durch den Anerklärten bestehe[26]). Das würde aber einen durch nichts zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundformen juristischer Begriffe bedeuten und schließt die Unhaltbarkeit der Annahme einer Verpflichtung zur Empfangnahme in sich[27]). Daher ist eine Pflicht zur Empfangsbereitschaft ohne besondere Parteivereinbarung nicht anzuerkennen.

Auf Grund einer Wiederholung der Willenserklärung sucht man zu einem rechtlich einwandfreien Ergebnis zu kommen, um der durch die Verhinderung der Abgabe oder Wahrnehmung nicht rechtswirksam gewordenen Erklärung Wirksamkeit zu verleihen. Der rechtzeitige Zugang der vereitelten fernmündlichen Willenserklärung wird durch die Wiederholung fingiert. Durch das Verhalten des Erklärungsempfängers sei die Frist verstrichen und der Erklärende geschädigt. Zur Abwendung des Schadens müsse unverzüglich eine nachträgliche ordnungsmäßige Erklärung abgegeben werden, die dann als rechtswirksam zu gelten habe. Der Erklärende wisse in einem solchen Falle stets, daß seine durch den Fernsprecher versuchte Erklärungsabgabe mißlungen sei. Zur Begründung werden die in den §§ 149, 530 BGB enthaltenen Bestimmungen herangezogen[28]). Eine analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen ist jedoch nicht möglich. Die angezogenen Rechtssätze sind einer Verallgemeinerung und Erstreckung auf das ganze Rechtsgebiet nicht

23) Planck § 130 Anm. 5 b und ähnlich Leeser in JW 1921, Seite 267, jedoch mit anderer Begründung.
24) Titze Seite 360 ff. (360).
25) So besonders RG Band 63, Seite 280 ff.; in Gruchot Band 63, Seite 836; Jung Seite 647; RGRK § 145, Seite 233.
26) Weißenberg a.a.O., Seite 23.
27) Kutzner a.a.O., Seite 22/23.
28) Regelsberger a.a.O., Seite 275/76.

fähig.. Sie sind in der Rechtsordnung enthaltene Einzelbestimmungen, die als Ausnahmen zu gelten haben[29]).

Die angeführten und sonst noch in großer Zahl bestehenden Lösungsversuche lassen sich mit zwingender Notwendigkeit aus gesetztem Recht nicht begründen. Trotzdem muß dem eine Willenserklärung Abgebenden geholfen werden, wenn seine Erklärung deshalb nicht wirksam werden kann, weil der Erklärungsempfänger ihre Abgabe oder Wahrnehmung schuldhaft verhindert hat. Für eine schuldlose, zufällige Vereitelung der Wirksamkeit letzteren verantwortlich zu machen, liegt rechtspolitisch kein Grund vor, da der Erklärende die Gefahr der Übermittlung einer Willenserklärung trägt. Läßt sich ein Rechtssatz nicht aus geformtem Rechte herleiten, so ist es Aufgabe der Rechtsanwendung, die Weiterbildung der bestehenden Rechtssätze auf der Grundlage von Treu und Glauben zu vollziehen. Denn es kann niemals Inhalt des Rechtes sein, sich Selbstzweck zu sein. Es dient lediglich zum Schutze und zur Sicherung der Interessen der Staatsbürger, sowohl der persönlichen wie aber vor allem der wirtschaftlichen Interessen. Allein diese Interessen hätten beherrschend hinter Rechtssätzen und Rechtsregeln zu stehen, die zu ihrem Schutze dienen[30]).

Ein rechtspolitisch zu billigendes Ergebnis wird auf Grund der zwischen den Parteien gegebenen Interessen nach Treu und Glauben zu rechtfertigen sein. Die Interessen des Absenders einer Willenserklärung sind denen des Empfängers gegenüber die schutzbedürftigeren. Hat der Erklärende das Wirksamwerden seiner Willenserklärung erfolglos versucht, so kann man allgemein den Empfänger auch dann nicht dafür verantwortlich machen, wenn es durch sein Verschulden nicht zu einer Erklärungsabgabe oder Wahrnehmung gekommen ist. Denn ein erfolgloser Versuch stellt noch kein Vernehmen einer fernmündlichen Erklärung dar. Es wäre ebenfalls rechtspolitisch nicht zu rechtfertigen, den Erklärungsempfänger für eine Willenserklärung einstehen zu lassen, von deren Inhalte er keine Kenntnis hat. Einer vereitelten Willenserklärung wird man daher im Interesse des Empfängers erst dann Wirksamkeit beimessen dürfen, wenn die Erklärung auf irgendeine Art nachgeholt wird. Eine Wiederholung der Erklärung in einer bestimmten Art, z. B. auf fernmündlichem Wege, ist jedoch nicht mehr erforderlich und würde dem Ergebnis wenig entsprechen, da der Erklärungsempfänger ihre Wirksamkeit weiter beliebig vereiteln könnte. Es muß daher genügen, daß die vereitelte fernmündliche Erklärung auf beliebige Weise nachgeholt wird. Die Wahrung einer Frist, die für ihre Abgabe bestanden haben sollte, wird unbeachtet gelassen und das rechtzeitige Wirksamwerden einer nachgeholten Erklärung fingiert. Jedoch muß es sich um eine inhaltsgleiche

29) Kutzner a.a.O., Seite 11, 19.
30) RG in JW 1922, Seite 910.

Erklärung handeln. Das Erfordernis der Erklärungswiederholung wird aber auch dem Erklärenden selbst gerecht, da er ja regelmäßig sofort weiß, ob sein Versuch, dem Empfänger durch Fernsprecher eine Erklärung zu übermitteln, mißlungen ist oder nicht. Ferner liegt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes vorwiegend in seinem Interesse. Eine Belastung seinerseits stellt eine Wiederholung nicht dar. Eine einseitige Berücksichtigung der Interessen des Erklärenden würde es aber bedeuten, wollte man eine Unterstellung des rechtzeitigen Wirksamwerdens durch Nachholung in jedem Falle einer Erklärungsverhinderung zulassen. Keine Billigung verdient die Ansicht, die eine Fiktion stets dann für gerechtfertigt hält, wenn die Vereitelung des rechtzeitigen „Zugehens" in der Person des Empfängers liege[31]). Ein solches Ergebnis widerspricht dem ganzen Rechtssystem, das den Grundsatz der Verschuldenshaftung als das Normale aufgestellt hat. Um von dem Erfordernis des Verschuldens abzugehen und eine bloße Gefährdung für ausreichend zu erachten, bedarf es zwingender Gründe und nicht nur einer „freieren Richtung[32]) in der Entwicklung dieser Ausnahme. Solche sind jedoch nicht ersichtlich. Von dem Verschuldensprinzip abzugehen, liegt kein Grund vor, zumal die höchst-richterliche Rechtsprechung eine Nachholemöglichkeit als Unterstellung für einen retzeitigen „Zugang" nur im Falle schuldhafter Vereitelung der Wirksamkeit von Willenserklärungen zugelassen hat[33]). Davon abzugehen entspricht weder den Verkehrsbedürfnissen noch der Billigkeit.

5. Abschnitt.

Trotzdem die Deutsche Reichspost ständig bemüht ist, beim Fernsprechverkehr in stets erhöhterem Maße den Anforderungen des modernen Verkehrslebens gerecht zu werden, sind Unklarheiten, Irrtümer und Mißverständnisse im Grunde nicht gänzlich zu vermeiden. Neben nicht zu beseitigenden technischen Mängeln kommen vor allem menschliche Fehler, Gebrechen und Unachtsamkeiten in Betracht, die den Rechtsverkehr erschweren und die Rechtslage schwieriger gestalten können. Die in diesem Zusammenhange allgemein für Willenserklärungen geltenden Bestimmungen sind in den §§ 119 ff. BGB enthalten. § 119 BGB enthält diejenigen Fälle, in denen sich der Erklärende des Mangels der Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung nicht bewußt gewesen ist. Die tatsächliche

31) Dernburg I § 132 II B 6, Seite 62; Oertmann § 130 Anm. 3 i und im Ergebnis v. Tuhr I 2 § 61, Seite 147 wie Enneccerus § 149 II 3 und Anmerkung 16.
32) Oertmann a.a.O.
33) RG z. B. in LZ 1927 Seite 102; das muß auch von RG Band 95, Seite 361 gelten, da nach dem Sachverhalt zweifellos Verschulden vorlag. Sörgel § 147 Anm. 1; RG in DJZ 1925 Seite 187. Nicht verschuldete Verhinderung geht zu Lasten des Erklärenden, so klar RG in Seuff. Arch. Band 80 Nr. 175, Seite 321.

Abgabe der Willenserklärung oder deren Inhalt bei der Abgabe steht nicht mit seinem wirklichen Willen im Einklang. Es gilt hierbei als Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften von Personen und Sachen. Gemäß § 120 BGB sind den Irrtumsfällen diejenigen gleichgesetzt, in denen eine Willenserklärung durch einen Boten oder eine Anstalt unrichtig übermittelt wird, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 119 BGB gegeben sind. In allen diesen Fällen besteht ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Willen und der abgegebenen Erklärung. Trotz ihrer Unrichtigkeit wird die Erklärung so wie sie abgegeben ist, rechtswirksam. Dem Erklärenden ist jedoch die Möglichkeit gegeben, seiner nichtgewollten Willenserklärung im Rahmen der §§ 119, 120 BGB durch Anfechtung gemäß § 121 BGB die Wirksamkeit zu nehmen. Weder die Gegenpartei noch Dritte können sich auf den Willensmangel berufen, wenn eine Anfechtung nicht erfolgt. Für fernmündliche Erklärungen gilt nichts Besonderes. Sie können angefochten werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 119, 120 BGB vorliegen. Nun hat der Fernsprecher eine von dem Erklärenden richtig in den Apparat gesprochene Erklärung falsch wiedergegeben, indem etwa infolge der Übertragung Wortteile verstümmelt oder ganz verloren gegangen sind, sodaß ihr Sinn nicht mehr mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmt. Eine Meinung geht dahin, daß die vom Erklärenden abgegebene Willenserklärung nicht wirksam werden könnte, da sie dem Empfänger nicht zur Kenntnis gelangt sei[1]). Was letzterer vernommen habe, sei nicht die Erklärung des Erklärenden. Der noch so täuschende Schein einer Erklärung bestimmten Inhaltes könne eben der wirklich abgegebenen Erklärung keineswegs gleichstehen. Das folge einfach aus einer strengen Auslegung der Vernehmungstheorie, die eben das richtige Vernehmen der vom Erklärenden abgegebenen Willenserklärung fordert. Der Fernsprecher führe ja die Beteiligten auch körperlich derart in ein Näheverhältnis, wie es zum Eintritt unmittelbarer Verhandlung von Person zu Person allein gefordert werden könne und müsse[2]). Ein Vertrag sei daher z. B. nicht zustande gekommen, wenn der Erklärungsempfänger ohne Wiederholung der sachlichen Angaben ein Veretragsangebot, d. h. durch ein einfaches Einverstanden, gut, abgemacht oder ähnliches annehme, oder in dem durch den Fernsprecher das „Borgen" eines Gegenstandes in ein „Besorgen" desselben verkehrt werde. Gerechtfertigt erscheine das Ergebnis auch aus zwingenden rechtspolitischen Erwägungen. Käme ein Vertrag im Sinne des vom Erklärungsempfängers verstandenen Angebotes zustande, so wären seine Interessen durchaus einseitig berücksichtigt worden. Ließe man dagegen das Rechtsgeschäft im Sinne des wirklich erklärten Angebotes zu-

1) Oertmann in Gesetz und Recht, Seite 98 ff.
2) Oertmann a.a.O.

stande kommen, so müßte man umgekehrt die Interessen des Empfängers in nicht zu rechtfertigender Weise aufopfern[3]). Formal juristisch mag das Ergebnis vertreten werden. Wenn aber behauptet wird, es entspräche auch rechtspolitischen Erwägungen, so kann dem nicht beigetreten werden. Die Interessen des Erklärenden finden ausschließliche Berücksichtigung. Der Empfänger ist hierbei schutzlos dem Erklärenden gegenüber. Er hat keinen Einfluß auf die durch den Fernsprecher erfolgte Verständigung. Wenn der Anbietende diesen Weg wählt, so nimmt er ausschließlich seine Interessen hinsichtlich Bequemlichkeit und Schnelligkeit der Übermittlung wahr. Eine vom Erklärenden ausgehende Willenserklärung reist jedoch auf seine Gefahr[4]). Das hat auch beim Fernsprecher zu gelten. Das Gefahrenmoment findet aber bei der angeführten Ansicht im gegebenen Falle keine Berücksichtigung. Den Bedürfnissen des Verkehrs wird es kaum entsprechen können, wenn die auf Grund der unrichtig wiedergegebenen Erklärung des Erklärenden hervorgerufenen Ausgaben des Empfängers keine Berücksichtigung erfahren sollten. Man wird zu einem billigen Ergebnis nur dann gelangen können, wenn man den Vertrag im Sinne der vom Fernsprecher als Angebot wiedergegebenen Erklärung des Anbietenden bei abstrackter Annahme zustande gekommen betrachtet. Man wird den höchst selten vorkommenden Fall in Anlehnung an § 120 BGB zu lösen haben. Denn eine vom Apparat unrichtig wiedergegebene Erklärung wird man dem Erklärenden als eine von ihm abgegebene zurechnen müssen und ihm dafür jedoch ein Anfechtungsrecht zu geben haben, da sie tatsächlich mit seiner wirklich abgegebenen nicht übereinstimmt. Auch rechtlich läßt sich das Ergebnis rechtfertigen. Wenn Erklärungen mittels Fernsprechers den Erklärungen unter Anwesenden im allgemeinen zuzurechnen sind, so bleibt diese Annahme tatsächlich nur eine Unterstellung. Denn § 147 Abs. I Satz 2 BGB besagt auch nichts anderes, als daß ein durch den Fernsprecher von Person zu Person gemachter Antrag als Antrag unter Anwesenden „gilt", d. h. nur sofort angenommen werden kann. Mit der Unterstellung sollte nur zum Ausdruck gebracht werden, daß für den Satz 1 entsprechende Fälle die mittels Fernsprechers gemachten Vertragsangebote gleichgesetzt werden. Soweit letztere aber über den Rahmen des der Fiktion zugrunde liegenden Rechtssatzes hinausgehen, wird eine Sonderstellung angebracht erscheinen. Das muß im Hinblick darauf gelten, daß eine generelle Entscheidung der Frage, ob ein Verkehr mittels Fernsprechers stets ein solcher unter Anwesenden sein muß, nicht bezweckt gewesen[5]) und auch nicht mög-

3) Schäfer a.a.O., Seite 64/65, der mit anderen keinen Unterschied zwischen falscher Übermittlung und falschen Verstehens richtig wiedergegebener Erklärung macht.
4) RG in Seuff. Arch., Band 80 Nr. 175, wie auch allgemein anerkannt wird.
5) Protokolle I, Seite 78 ff.

lich ist. Der Fall, in dem eine Willenserklärung unrichtig wiedergegeben wird, liegt anders als der, in dem eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben oder nur falsch verstanden wird. Eine analoge Anwendung des im § 120 BGB enthaltenen Rechtssatzes erscheint unbedingt notwendig[6]). Die Willenserklärung ist so wirksam geworden, wie sie der Apparat wiedergegeben hat, unterliegt aber der Anfechtung wegen der dem Irrtum gleichgesetzten Fälle.

Jedoch fallen nicht hierunter die Fälle, in denen eine Erklärung ohne einen Sinn wiedergegeben wird. Eine derartige Wiedergabe stellt keine Willenserklärung im Rechtssinne dar und ist rechtlich unerheblich. Bei einem so gelagerten Falle wird ja auch kein Schaden hervorgerufen, da der Empfänger entweder den Anruf unbeachtet läßt oder durch Rückfrage sich über den Inhalt der Erklärung Gewißheit verschaffen wird.

Mißverständnisse haben jedoch im Gesetz keine allgemeine Regelung gefunden. Die §§ 154, 155 BGB, die davon reden, wann ein Vertrag nicht geschlossen sei, enthalten keine Bestimmungen über Mißverständnisse oder den sogen. versteckten Dissens, auch nicht § 155 BGB, der nur von der Geltung von Vertragsteilen spricht. Begriff und Bedeutung der Mißverständnisse werden aus allgemeinen Vorschriften neben einer mittelbaren Verwendung des § 155 BGB und aus der Natur der Sache zu entnehmen sein[7]).

Von Mißverständnissen in juristischem Sinne spricht man hauptsächlich nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, da eine dem Erklärenden gegenüber abgegebene Willenserklärung vorausgesetzt wird. Ein Vertrag, der aus einer Mehrheit von übereinstimmenden, besser sich gegenseitig ergänzenden Willens e r k l ä r u n g e n, der sogen. Einigung besteht, kommt durch die Einverständniserklärung des Empfängers zu dem Angebote des Erklärenden zustande. Wie erstere abgegeben wird, ist nicht erheblich, soweit keine Form vorgeschrieben ist. Fehlt es an den übereinstimmenden Willenserklärungen, so liegt ein Dissens vor und ein rechtswirksamer Vertrag ist nicht vorhanden. Der maßgebliche Unterschied der Dissensfälle von denen des Irrtums liegt darin, daß bei ersteren jede Partei etwas anderes nicht nur innerlich gewollt habe als die andere, sondern es auch erklärt hat[8]). Bei den Irrtumsfällen des § 119 BGB irrt der Erklärende nur über den Inhalt seiner eigenen Erklärung. Wesentlich beim Dissens ist also, daß die beiden Willens„erklärungen" sich nicht ergänzen. Im Falle eines Irrtums decken sich die Willenserklärungen, nur entspricht die Erklärung einer Partei nicht ihrem Willen; welches von beiden vorliegt, kann allerdings zweifelhaft in vielen Grenzfällen sein. Für das Problem, ob eine

6) Dafür Titze Seite 232; Jörges in ZHR Band 56, Seite 69; Planck § 130 Anm. 3; Staudinger § 130 Anm. 5; sämtliche jedoch ohne Begründung.
7) Oertmann § 155 Anm. 1a.
8) RG. Band 105, Seite 209.

Übereinstimmung der Willens„erklärungen", eine Einigung also vorhanden ist, gilt die Erklärungstheorie[9]). Bei der Frage, ob ein Mißverständnis vorliegt, ist daher nicht davon auszugehen, was die Parteien gewollt haben, sondern was erklärt worden ist. Zu berücksichtigen sei dabei die Verkehrssitte, wonach der Gegner die Erklärung auch so hat verstehen müssen, wie sie erklärt ist[10]). Von einem offenen Dissens spricht man, wenn die Nichtübereinstimmung der Erklärungen den Parteien bewußt ist. Dagegen liegt ein Mißverständnis vor, wenn die Parteien irrig annehmen, eine Einigung habe stattgefunden. Sind von den Parteien zum Abschluß eines Vertrages übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben worden, so ist ein solcher zustande gekommen und die Parteien haben nur eine Anfechtungsmöglichkeit, wenn die Erklärungen sich nicht mit ihrem Willen decken.

Ein Mißverständnis liegt nun im Einzelnen vor, wenn der Erklärungsempfänger der richtig wiedergegebenen Willenserklärung einen anderen Inhalt gibt, als sie objektiv wie auch nach dem Willen des Erklärenden gehabt hat. Der Widerspruch, der zwischen Erklärungsinhalt und Erklärungsaufnahme besteht, kann entweder auf einem Wahrnehmungs- oder einem Deutungsfehler beruhen. Ersterer liegt vor, wenn der Erklärungsempfänger die Mitteilung nicht richtig wahrgenommen, andere als die wiedergegebenen Worte gehört hat; ein Deutungsfehler, wenn die fehlerlos übermittelte Erklärung in seinem Bewußtsein eine andere Vorstellung hervorruft, als der Erklärende mit ihr verbunden habe[11]). Es bietet z. B. ein Ausländer jemandem eine Ware an, die der Erklärungsempfänger in seiner Muttersprache für eine andere hält, und der nun sein Einverständnis zum Abschluß des Vertrages unter Beibehaltung des fremden Ausdrucks erklärt. Ein Vertrag ist zustande gekommen, da Angebot und Annahmeerklärung sich inhaltlich decken. Denn der Erklärungsempfänger hat durch sein Einverständnis das Angebot zum Bestandteil seiner Erklärung gemacht. Da er dem Ausdruck jedoch eine andere Bedeutung zugelegt hat als ihm zukommt, so ist sein innerer Wille ein Geschäft anderer Art abschließen zu wollen in der Erklärung nicht enthalten. Wille und Erklärung stehen nicht im Einklang. Es liegt also bei dieser wie allgemein bei abstrakter Annahme enthaltenen Deutungsfehlern nur ein Irrtum des Annehmenden vor. Der rechtswirksam geschlossene Vertrag bedarf der Anfechtung gemäß § 119 BGB, um seiner Wirkung beraubt zu werden. Ein Dissens wäre gegeben, wenn der Annehmende

9) h. M.: Titze Seite 399 ff.; Oertmann § 155 Anm. 1a; RG Band 100, Seite 135; in Jur. Rundsch. 1925 Nr. 562 Sp. 391. Anderer Ansicht: Manigk a.a.O., Seite 221 ff., der zwar für eine Auslegung die Erklärung entscheiden lassen will, aber auf Grund einer zu weitgehenden Verwertung des § 153 BGB den Willen „in der Erklärung wirken" läßt.
10) Staudinger § 155 Anm. 2 b.
11) Titze, Seite 11 ff.

die Ware in der Annahmeerklärung in seiner Sprache bezeichnet hätte, da diese Erklärungen aneinander vorbeigegangen wären. Das Angebot enthält einen anderen Gegenstand als Vertragsinhalt als die Annahme.

Hat der Erklärungsempfänger den richtig fernmündlich übermittelten Vertragsantrag nur falsch verstanden und erklärt er abstrakt sein Einverständnis, so ist ein Vertrag bei streng durchgeführter Vernehmungstheorie nicht zustande gekommen. Denn sie setzt nach richtiger zu billigender Ansicht ein richtiges Vernehmen der richtig wiedergegebenen Erklärung voraus. An dieser Voraussetzung fehlt es, da der Empfänger falsch die Erklärung wahrnimmt. Auf ein nicht wirksam gewordenes Angebot kann aber keine wirksame Annahme erfolgen. Die Ablehnung eines wirksamen Vertrages, in dem der Erklärungsempfänger statt eines Kaufangebotes von 2000 ein solches von 3000 vernimmt, ließe sich auch auf einem anderen Wege gewinnen. Auszugehen sei davon, daß dem Empfänger ein Kaufangebot zugegangen sei. Es habe naturgemäß den Sinn und Inhalt, der sich aus dem erklärten Willen des Anbietenden ergebe. Es ist das Angebot auf 2000. Die Einverständniserklärung des Empfängers beziehe sich auf den ihm zur Kenntnis gelangten vermeintlichen Sinn also auf 3000. Beide Erklärungen decken sich nicht[12]). Daher ist kein Vertrag zustande gekommen. Diese Entscheidung ist zu billigen. Sie steht im Einklang mit der für die Abgabe fernmündlicher Erklärungen allgemein zu fordernden Vernehmungstheorie. Das Wesentliche ist hierbei, daß die Erklärung richtig vom Fernsprecher wiedergegeben wird und nur vom Empfänger falsch verstanden worden ist. Auch aus rechtspolitischen Erwägungen erscheint das Ergebnis gerechtfertigt. Die Interessen des Anbietenden wie des Gegners werden richtig gewürdigt. Ein Vertragsschluß im Sinne des Anbietenden würde den Gegner infolge der mit dem Anfechtungsrecht notwendig verbundenen Schadenshaftung unbillig belasten. Der Anbietende könnte dann stets die aus der Benutzung des Fernsprechers folgenden Gefahren auf seinen Gegner abwälzen, der keinen Einfluß auf die Wahl des Verständigungsmittels hat. Wiederum nähme ein Vertrag im Sinne des Gegners ausschließlich nur auf seine Interessen Rücksicht. Der Anbietende, der doch nichts dafür kann, daß sein Gegner das Angebot aus irgendeinem, jedoch nicht in der Übermittlung liegenden Grunde, falsch vernimmt, wäre verpflichtet, dem Erklärungsempfänger den durch sein Mißverstehen hervorgerufenen Schaden zu ersetzen. Auf Grund der Vernehmungstheorie, unterstützt durch eine gerechte Interessenabwägung, führen Wahrnehmungsfehler bei abstrakter Annahme dazu, daß kein Vertragsschluß[13]) vorliegt.

12) Oertmann in Gesetz und Recht, Seite 99.
13) Oertmann a.a.O.

Dem Erklärungsempfänger gegenüber wird eine Erklärung abgegeben, die mehrere Deutungen zuläßt. Sie ist nicht einhellig, klar und bestimmt. Es bietet z. B. ein Eigentümer mehrerer Pferde „sein Pferd" zum Verkaufe an und der Erklärungsempfänger gibt sein Einverständnis kund. Den Willenserklärungen, die nicht in einem bestimmten Sinne eindeutig verstanden werden können, fehlt es dann an einer rechtlich maßgeblichen Bedeutung, wenn sie auch vom Empfänger nicht so verstanden worden sind, wie sie gemeint waren. Man hat es daher mit einem Dissensfall zu tun, wenn die Erklärungen zwar dem Wortlaute nach übereinstimmen, objektiv aber mehrdeutig gewesen sind und jede Partei einen anderen Sinn mit ihrer Erklärung sowohl verbunden hat wie auch verbinden konnte[14]). Gelangt man jedoch auf Grund einer objektiven Auslegung dahin, d. h. also mußte die Erklärung von dem Empfänger oder in dem Lebenskreise des Erklärenden so verstanden werden und war die hiernach zu verstehende Bedeutung auch für den Erklärenden erkennbar und daher zurechenbar, daß es sich um übereinstimmende eindeutige Erklärungen handelt, so liegen Erlärungen gleichen Inhaltes vor. Denn die Erklärung hat in der dem Erklärenden zurechenbaren Bedeutung zu gelten. Die abgegebenen Willenserklärungen decken sich und trotz fehlender Willensübereinstimmung ist ein Vertrag zustande gekommen[15]). Der auf Grund objektiver Auslegung der Willenserklärungen zustande gekommene Vertrag bedarf der Anfechtung wegen Irrtums, um ihm die Wirksamkeit zu nehmen. Haben die Parteien trotz mehrdeutiger Erklärungen dasselbe gemeint, so wird ebenfalls ein Vertrag geschlossen sein. Denn in der mehrdeutigen Erklärung sei jeder objektiv mögliche Sinn miterklärt worden. An den erforderlichen „Erklärungen" mit dem übereinstimmenden Willen fehlt es nicht[16]).

Mit der Einrichtung von Selbstanschlußämtern im Ortsfernsprechnetz durch die Deutsche Reichspost ist die Anzahl der Falschverbindungen nicht zurückgegangen. Es geschieht nicht selten, daß der Anrufende nicht mit der gewünschten Person spricht, mit der er zu sprechen glaubt, ohne dessen gewahr zu werden. Werden rechtsgeschäftliche Erklärungen, die von ihm abgegeben sind, von seinem Gegenüber angenommen, so sind sie wirksam geworden. Auszunehmen sind jedoch die Fälle, in denen der Erklärende in seiner Erklärung zum Ausdruck bringt, daß er mit einer anderen als der am Fernsprecher sich meldenden Person sprechen will; dann ist die

14) Enneccerus § 154 III 2; Schäfer Seite 66; Larenz Seite 81; Leonhard in Arch. für ziv. Praxis, Band 120, Seite 94 ff.; Titze Seite 186 ff. Die drei letzteren nahmen wegen Unbestimmtheit der Erklärung Nichtigkeit derselben an. Manigk in Iher. Jahrb. Band 75, Seite 164 nimmt nur bei obektiver Mehrdeutigkeit und Mißverständlichkeit der beiderseitigen Willenserklärungen Dissens an.

15) Larenz a.a.O.; Enneccerus a.a.O., u. a. RG Band 116, Seite 274 ff (275).

16) Oertmann § 155 Anm. 1 b.

Erklärung nicht wirksam geworden. Denn die in der Erklärung genannte Person wird mit zu ihrem Inhalt erhoben. Infolge der bestimmt zum Ausdruck gebrachten „Richtungsbedürftigkeit" der Willenserklärung hat sie nur von der genanten Person wirksam gehört werden können[17]). Die ohne Nennung eines Namens abgegebene Erklärung wird wirksam und kann nur angefochten werden, wenn der Erklärende nicht an sie gebunden sein will. Der Irrtum über die Identität seines Gegners stellt sich als ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung dar[18]). Denn bei beabsichtigter Abgabe einer Erklärung einer bestimmten Person gegenüber wird diese Richtung zu ihrem Bestandteil. Mit der Abgabe der Erklärung an eine ganz andere Person erhält sie auch einen anderen Inhalt als es ursprünglich beabsichtigt gewesen ist. Der Erklärende irrt unbewußt über den Inhalt seiner Erklärung gemäß § 119 Abs. I BGB. Bei einem Irrtum über die Identität seines Geschäftsgegners wird man daher nicht von einem Irrtum über „Eigenschaften einer Person" gemäß § 119 Abs. II BGB sprechen können[19]). Identität bedeutet keine Eigenschaft sondern die Person selbst. Das ergibt § 1333 BGB, der den Irrtum über die Person seines Gegners von denen über seine persönlichen Eigenschaften trennt.

6. Abschnitt.

Die deutsche Telegraphenordnung kennt den Fernsprecher als Hilfsmittel sowohl für die Auflieferung wie für die Zustellung von Telegrammen. Es ist aber allgemein bekannt, daß bei der Benutzung des Fernsprechers Mißverständnisse und Unklarheiten vorkommen können. Es fragt sich daher, wer den Schaden zu tragen hat, der durch solche Irrtümer bei der Telegrammbeförderung entstehen kann. Eine Haftung der Telegraphenverwaltung ist in jedem Falle ausgeschlossen[1]); denn die Deutsche Reichspost hat sich in der Telegraphenordnung an den §§ 21 ff. TelO. eine Haftungsbefreiung vorbehalten. Gemäß § 24 TelO. übernimmt die Reichspost keinerlei Gewähr für den Telegraphendienst und haftet ebensowenig für Schäden. Unter den besonderen Aufzählungen einer Haftungsbeschränkung finden sich: „Unterlassung, Verzögerung oder sonstige Fehler bei der Aufnahme, Beförderung und Zustellung der Telegramme" und „Versehen bei der Aufnahme und bei der Zustellung von Telegrammen durch Fernsprecher oder Nebentelegraphen". Die von der Telegraphenverwaltung für sich in Anspruch genommene Beschränkung hat volle Wirksamkeit, da die Telegraphenordnung

17) Oertmann in Kart. Ausk. Anm. III u. Komm. § 120 3 d; Titze Seite 232 Anm. 9, Bienengräber a.a.O., Seite 17 f. Schäfer a.a.O., Seite 67. Im Grunde auch Enneccerus § 157 I 3 b Anm. 10.
18) h. M. heute: Oertmann § 119 4 b; Planck § 119 IV 1; Soergel § 119 I.
19) Holder § 119 Anm. 6; Manigk, Anwendungsgebiet Seite 265.
1) RG Band 107, Seite 275; Band 108, Seite 368.

eine Rechtsverordnung ist. Die in ihr enthaltenden Bestimmungen sind daher Rechtsnormen und die in Frage stehenden solche in materiellem Sinne[2]).

Wie gestalten sich nun die Rechtsverhältnisse bei der Übermittlung eines Telegramms? Es mag zunächst davon ausgegangen werden, daß auf Seiten des Absenders der Fernsprecher in Funktion tritt. Der Absender, der im Besitze eines Fernsprechanschlusses ist oder dem ein solcher zur Verfügung gestellt wird, gibt ein Telegramm fernmündlich auf. Wenn es von der Fernmeldeverwaltung, in deren Bereich die Aufgabeanstalt liegt, richtig aufgenommen wird, geht alles in Ordnung weiter. Wie jedoch, wenn das nicht der Fall ist. Die das Telegramm aufnehmende Beamtin verhört sich oder verschreibt sich in den Ziffern z. B., die zu übermitteln sind. Ein Telegrammbeförderungsverhältnis entsteht erst mit der „Auflieferung" einer Telegramm u r s ch r i f t. Wie die Urschrift und was als solche aufgeliefert wird, ist nebensächlich, da kein Formularzwang besteht. Bei einer Aufgabe durch den Fernsprecher entsteht eine Telegrammurschrift in dem Augenblicke, in dem die Beamtin das Gehörte niederschreibt. Die Niederschrift ist erst die für die Übermittlung wesentliche Urschrift[3]). Wird die Niederschrift unterlassen, so ist das zwar eine gemäß § 355 StGB strafbare Handlung, aber die Auflieferung einer Telegrammurschrift hat nicht stattgefunden. Ein Telegrammbeförderungsverhältnis ist noch nicht zustande gekommen. Den daraus entstehenden Schaden hat der Absender allein zu tragen, soweit er nicht wegen unerlaubter Handlung von der Beamtin selbst Ersatz erlangen kann, da die Telegraphenverwaltung, wie schon erwähnt, dafür nicht aufkommt. Entspricht die Niederschrift durch die Beamtin nicht dem, was der Absender gesagt hat — worauf das zurückzuführen sein mag, ist für die zivilrechtliche Betrachtungsweise unerheblich, soweit keine bewußte Veränderung der Erklärung vorgenommen wird, — so ist trotzdem eine Telegrammurschrift zustande gekommen und eine „Auflieferung" hat stattgefunden. Es ist zwar die Urschrift, die der Absender mit Hilfe der Telegraphenanstalt zur Beförderung aufgeliefert hat. Das Telegramm aber enthält nicht die Willenserklärung des Absenders, denn die Urschrift ist durch Vermittlung der Beamtin der Aufgabestation falsch übermittelt worden. Es liegt der Fall nicht anders, als wenn der Absender einem anderen ein Schriftstück in die Feder diktiert, der es einem Dritten zu überbringen verpflichtet wäre. Da nun der Inhalt der Urkunde nicht mit seiner Erklärung übereinstimmt, bleibt dem Absender nichts anderes übrig, wenn er an die Erklärung nicht gebunden sein will, als die Willenserklärung wegen falscher Übermittlung gemäß § 120 BGB anzufechten. Eine Anfechtung

2) Der Streit über die Rechtsnatur der TelO. hat im übrigen hier keine keine Bedeutung.

3) Neugebauer Seite 548/49 und Anm. 7.

nach § 119 Abs. I BGB kann deshalb nicht in Frage kommen, weil der Absender die Urschrift nicht selbst unterschreibt, um durch die Unterschrift auch den darüberstehenden Text im Rechtssinne zu dem seinen zu machen[4]). Die im allgemeinen für den Fernsprechverkehr geltenden Rechtssätze können in diesem Falle nicht Platz greifen, da nicht der Beamtin gegenüber eine Willenserklärung abgegeben werden soll, sondern sie nur als Werkzeug für die Aufnahme der Urschrift zu denken ist.

Die Beförderung der aufgelieferten Telegrammurschrift ist Sache der Telegraphenverwaltung. Aus dem Beförderungsverhältnis entsteht für sie dem Absender gegenüber die Pflicht, dem Empfänger das Telegramm zuzustellen[5]). Mit der Zustellung hat sie ihrer Übermittlungspflicht genügt, da hierin die regelmäßige Erfüllungsform ihrer Vertragspflicht liegt. Die in der Bestimmungsanstalt eingetroffenen Telegramme können durch Boten zugestellt werden oder eine Zustellung erfolgt durch Einlegung in ein Postschließfach oder durch Übermittlung mittels Fernsprechers oder Nebentelegraphen. Die Übermittlung durch Fernsprecher oder Nebentelegraphen stellt telegraphenrechtlich formgerechte Zustellung dar[6]). Sie ist nicht nur eine reine Vorbereitung der Zustellung. Letztere, nach altem Recht mögliche Auffassung[7]), hat jetzt durch § 21 Abs. I TelO. eine grundlegende Rechtsänderung in dem Sinne erfahren, daß eine solche Bestellung end- und vollgültige Zustellung darstellt. Für die Übermittlung durch Nebentelegraphen war bereits zugegeben worden, daß in dieser Übermittlung die Telegrammbeförderungspflicht erfüllt und das Telegramm zugegangen sei, sobald die telegraphischen Zeichen vom Empfangsapparat aufgenommen worden sind. Eine Zustellung des Telegramms durch den Fernsprecher erfolgt jedoch nicht immer, auch wenn der Empfänger im Besitz eines Fernsprechanschlusses ist. Zunächst steht es im Belieben der Bestimmungsstation, dem Empfänger das Telegramm durch Fernsprecher zuzusprechen, wenn er einen Anschluß hat. Das geschieht häufiger bei Dringlichkeit im kaufmännischen Geschäftsverkehr. Im übrigen erfolgt ein Zusprechen des Telegramms durch Fernsprecher nur, wenn entweder der Empfänger oder sein Ersatzempfänger sich im voraus mündlich oder schriftlich damit einverstanden erklärt hat. Eines dahingehenden schriftlichen Antrages seitens des Teilnehmers bedarf es nicht. Da der Fernsprechteilnehmer als Empfänger keinen Anspruch auf Zustellung eines Tele-

4) Oertmann § 120 Anm. 3 b.

5) Die Deutsche Reichspost beabsichtigt, Kurztelegramme ferner nicht mehr zuzustellen, sondern sie mit der gewöhnlichen Briefbestellung dem Empfänger auszuhändigen. Damit würde der für Telegramme verfolgte Zweck, schnelle Übermittlung einer Willenserklärung fortfallen und erstere an Bedeutung sehr verlieren.

6) Neugebauer Seite 559 und schon RG. Band 105, Seite 256.

7) Scholz Seite 773, 781/82, 785; RG Band 42, Seite 414.

gramms hat, kann er auch nicht die Zustellung in der besonderen Form der Übermittlung durch Fernsprecher im Rechtswege durchsetzen. Oder aber der Absender verlangt, daß das Telegramm dem Empfänger zugesprochen wird. Das wird er wohl stets dann tun, wenn es sich um die Wahrung einer Frist handelt. Das Verlangen des Zusprechens tritt auch äußerlich dadurch in die Erscheinung, daß in der Anschrift an den Bestimmungsort ein gebührenpflichtiges „sp" angehängt wird[8]). Dem Absender gegenüber übernimmt dadurch die Telegraphenverwaltung die Verpflichtung, die Zustellung durch den Fernsprecher in erster Linie zu versuchen. Ist ein Telegramm dem Empfänger zugesprochen worden, so wird ein diesbezüglicher Vermerk auf die nachfolgende Telegrammausfertigung gesetzt. Der Zeitpunkt der Zustellung, gleichgültig wie sie erfolgen mag, ist aber maßgebend für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Willenserklärung. Denn wo nach bürgerlichem Recht telegraphische Erklärungen zulässig sind, bestimmt die Zustellung den Zeitpunkt des Zugehens einer telegraphisch übermittelten Erklärung. Da nun aber das Zusprechen eines Telegramms durch Fernsprecher telegraphenrechtlich eine vollgültige Zustellung enthält, wird im Verhältnis des Empfängers eines zugesprochenen Telegramms zum Absender der Zeitpunkt des Zusprechens bereits als Zeitpunkt des „Zugehens" der telegraphischen Willenserklärung zu gelten haben müssen[9]). Nicht als Zeitpunkt des Zugehens kommt dagegen die Zusendung der „Telegrammausfertigung" in Betracht, die gemäß § 21 Abs. 1 TelO. bei zugesprochenen Telegrammen vorgeschrieben ist, um dem Empfänger aus Sicherheitsgründen auch noch eine Urkunde auszuhändigen. Die Aushändigung erfolgt später als das Zusprechen, erst mit der gewöhnlichen Postbestellung. Da die Erklärung als eine nicht verkörperte „zugeht", kann sie folgerichtig nur in dem Augenblick wirksam werden, in dem der Empfänger oder sein Ersatzempfänger die Erklärung richtig wahrnimmt. Hat der Empfänger die Willenserklärung aus einem in seiner Person liegenden Grunde nicht richtig wahrgenommen, so erlangt sie erst in dem Augenblicke Wirksamkeit, in dem ihm die Telegrammausfertigung, also eine verkörperte Erklärung, zugeht. Im übrigen müssen die allgemeinen Gesichtspunkte für nicht verkörperte fernmündliche Erklärungen ebenfalls Anwendung finden.

Grundlegend für alle Fälle, in denen eine Willenserklärung falsch übermittelt wird, sind die §§ 120 ff. BGB. § 120 BGB besagt, daß eine Willenserklärung, die falsch übermittelt wird, unter den Voraussetzungen des § 119 BGB angefochten werden kann. Eine Anfechtung muß unverzüglich erfolgen (§ 121 BGB) und verpflichtet den Absender zum Schadensersatz (§ 122 BGB), wenn dem

8) Ausführungsbestimmung 1 zu § 1 IV Abs. 2 TelO.; Neugebauer S. 560.
9) Neugebauer a.a.O. Anm. 15 und Seite 912; RGRK § 130 Anm. 1 Abs. 2; RG Band 105, Seite 258.

Empfänger Kosten entstanden sind. Es mag davon ausgegangen werden, daß das zugesprochene Telegramm wie die später erfolgende Telegrammausfertigung zwar beide denselben Wortlaut enthalten, jedoch nicht der vom Absender aufgelieferten Willenserklärung entsprechen. Es hat eine unrichtige Übermittlung stattgefunden, da die aufgelieferte Erklärung bei der Mitteilung an den Empfänger in ihrem Inhalt eine andere geworden ist. Wird durch die Entstellung aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung eine solche ohne rechtsgeschäftlichen Charakter, so fehlt es an einer Willenserklärung im Sinne des Gesetzes. Sie ist rechtlich bedeutungslos, da ihr das Begriffsmerkmal einer Willenserklärung, der Wille einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen, genommen ist. Sie kann nicht mehr unter die Fälle fallen, in denen eine Anfechtung wegen unrichtiger Übermittlung gegeben ist[10]). Das gleiche hat zu gelten, wenn die übermittelte Erklärung derart verstümmelt ist, daß sie keinen Sinn mehr ergibt. Es ist nichts vorhanden, was angefochten werden könnte. Derartige Erklärungen sind nichtig, da sie keine Rechtswirkungen hervorzurufen imstande sind. Erhält eine nicht rechtsgeschäftliche Mitteilung durch die Entstellung den Sinn und die Bedeutung einer Willenserklärung, so könnte es scheinen, als ob sie als Willenserklärung wirksam werden würde und nur auf Grund einer Anfechtung aus der Welt geschafft werden könnte. Entscheidend dafür wären die Interessen des gutgläubigen Empfängers, der in jedem Falle geschützt werden müßte[11]). Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut des § 120 BGB. Wenn von Willenserklärungen die Rede ist, die infolge unrichtiger Übermittlung angefochten werden können, so müssen eben Willenserklärungen zur Übermittlung aufgegeben sein. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 120 BGB bleibt, daß dem Postamt eine Willenserklärung aufgeliefert wird. Bei bloßen nicht rechtsgeschäftlichen Mitteilungen fehlt es an dieser Voraussetzung. Eine Willenserklärung ist überhaupt nicht abgegeben[12]).

Was man jedoch unter einer „unrichtigen Übermittlung" zu verstehen hat, ist trotz des scheinbar eindeutigen Wortlautes des § 120 BGB nicht einheitlich beantwortet worden. Als unrichtig wird man die Willenserklärung zu bezeichnen haben, die nicht mit dem übereinstimmt, was der Erklärende gewollt hat. Wieweit der Begriff der unrichtigen Übermittlung zu fassen ist, wird schon verschieden beantwortet. Eine Erklärung, die der Übermittler objektiv ganz anders abgibt, als es ihm aufgetragen worden ist, könne nicht mehr unter die Bestimmung des § 120 BGB fallen. Die abgegebene Willenserklärung stehe inhaltlich in keinem Zusammenhange mit der ursprünglichen und die ursprüngliche sei daher nicht entstellt ange-

10) Ameis Seite 21.
11) So Crome I Seite 411 ff. und die bei Ameis Seite 24/25 Genannten.
12) Planck § 120 Anm. 1a; Oertmann § 120 Anm. 5a; Ameis Seite 25 u. a.

kommen[13]). Die Erklärung ganz anderer Art ist, ohne daß es einer Anfechtung bedürfe, eben nichtig, weil sie nicht durch die Bestimmung des § 120 BGB gedeckt wird. Diese Auffassung läßt sich jedoch praktisch nicht durchführen. Eine Unterscheidung zwischen Verstümmelung und objektiv anderer Abgabe von Erklärungen läßt sich nicht machen. Denn die Grenze zwischen Fällen letzterer Art und solchen, in denen eine abgegebene Willenserklärung durch die Übermittlungsanstalt nur unrichtig übermittelt wird, kann keine scharfe sein, wie von den Vertretern dieser Ansicht selbst anerkannt wird; und im Grunde wird es stets auf eine willkürliche Unterscheidung zwischen Verstümmelung und gänzlicher Umänderung hinauslaufen. Auch die Berücksichtigung der Verkehrsauffassung bietet keinen genügenden Anhaltspunkt, da sie keinen einheitlichen Begriff darstellt. Daß mit einer strengen Unterscheidung nicht Ernst gemacht wird, zeigt der Fall, daß ganz allgemein anerkannt worden ist, eine Entstellung von Kauf in Verkauf und umgekehrt falle unter § 120 BGB. Ganz offensichtlich hat man es aber mit einer Übermittlung einer Willenserklärung ganz anderer Art als der wirklich abgegebenen zu tun. Denn Kauf und Verkauf sind zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, wie nicht zu bestreiten ist und auch nicht bestritten wird[14]). Schon aus dem Grunde der praktischen Undurchführbarkeit läßt sich eine Unterscheidung zwischen einer unrichtigen Übermittlung und der Abgabe einer objektiv ganz anderen Willenserklärung nicht rechtfertigen. Der Begriff der unrichtigen Übermittlung kann nicht so eng gefaßt werden. Es hat vielmehr jede „Verstümmelung" darunter zu fallen, soweit man nur von einer „Übermittlung" einer „Willenserklärung" sprechen kann. Für eine Ablehnung der angeführten Ansicht läßt sich ferner der Zusammenhang anführen, in dem der § 120 BGB steht. Er kann keine andere Auslegung erhalten, als die anderen Irrtumsfälle des § 119 BGB, zu denen er als ein weiterer Irrtumsfall gedacht ist. Die Analogie von § 119 BGB spricht aber gegen eine Unterscheidung, da eine solche dort nicht gemacht wird[15]). Der Zweck der in § 120 BGB enthaltenen Bestimmung ist endlich der Schutz des Verkehrsinteresses. Interessen des Absenders würden bei einer Umgestaltung der durch Telegramm übermittelten Willenserklärung eine einseitige Berücksichtigung erfahren, indem dem Empfänger sein Schaden, der ihm im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erwächst, nicht ersetzt würde. Die Interessen des Empfängers sind aber die schutzbedürftigeren, da er der auf diesem Wege erfolgten Erklärungsübermittlung nicht völlig schutzlos ausgeliefert sein kann[16]). Eine Unterscheidung zwischen Verstümmelung und objektiver Umänderung einer Willenserklärung

13) Planck § 120 Anm. 1a; Enneccerus § 157 I 3; Dernburg I § 115 V; Crome I § 94 Anm. 12.
14) Planck § 120 Anm. 1a.
15) Oertmann § 120 Anm. 5 b.
16) Ameis a.a.O., Seite 30/31.

läßt sich folglich nicht rechtfertigen[17]). Anders liegt der Fall, wenn die Erklärung des Absenders durch das Übermittlungsorgan „bewußt" verändert wird. Von einer „unrichtigen" Übermittlung der Willenserklärung des Erklärenden läßt sich hierbei nicht mehr sprechen, da eben keine Erklärung des letzteren vorliegt. Das Übermittlungsorgan geht bei bewußter Veränderung des Erklärungsinhaltes über seine Aufgabe als bloßer Mittler hinaus. Damit hört es auf, Übermittlungswerkzeug zu sein und wird selbst zum Träger einer eigenen, jedoch im fremden Namen abgegebenen Erklärung, die aber zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung bedarf. Das entspricht dem Wortlaut des § 120 BGB wie auch der Billigkeit und einer gerechten Interessenabwägung beider Beteiligter[18]).

Das zugesprochene Telegramm nun, das im Zeitpunkt des Vernehmens wirksam wird, wird falsch übermittelt. Die später erfolgende Telegrammausfertigung enthält jedoch die richtige Willenserklärung, so wie sie der Absender aufgeliefert hat. Hierfür gelten im allgemeinen die in den §§ 120 ff. BGB enthaltenen Bestimmungen. Das durch den Fernsprecher zugestellte Telegramm ist falsch übermittelt und gemäß § 120 BGB sind Willenserklärungen, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt werden, anfechtbar. Zur Anfechtung ist jedoch nur der Absender des Telegramms berechtigt. Eine Anfechtung verpflichtet aber zum Ersatze des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß der Erklärungsempfänger auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat.

Es sind aber Fälle denkbar, in denen nur dem Absender ein Schaden entstanden ist, weil er z. B. in Schuldnerverzug gekommen ist, da die angeforderte und schon weiterverkaufte Ware nicht in genügender Menge angekommen ist. Oder in denen der Empfänger mangels Anfechtung einen ihm entstandenen Schaden nicht ersetzt erhält. Wer trägt nun den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der Empfänger auf die Richtigkeit des zugesprochenen Telegramms vertraut und danach seine geschäftlichen Dispositionen getroffen hat? Es bestellt jemand z. B. zu umgehender Lieferung einen Posten Waren, die Menge wird fälschlich zu klein zugesprochen, muß aber und geht auch noch vor der nächsten Postbestellung ab. Oder ein größeres Darlehen ohne vereinbarte Kündigungsfrist wird zu einem bestimmten Termin gekündigt, der von dem wirklichen Zeitpunkte abweicht, z. B. statt dem 1. 11. wird 1. 9. zugesprochen, und der daher umgehend zur Flüssigmachung von Kapitalien oder zu einer sofortigen Darlehensaufnahme zu erhöhtem Zinsfuß führen muß, was sich bei Aushändigung der richtigen Telegrammausfertigung

17) Oertmann a.a.O.; v. Tuhr I Seite 411; Ameis a.a.O. § 9/10; Cosack § 94 II 3b und a.

18) Oertmann § 120 Anm. 5c; Enneccerus § 157 I 3 b; RG in DJZ 1925 Seite 339.

als nicht erforderlich erweist. Der Darlehensgeber erhält sein für einen bestimmten Tag dringend benötigtes Geld nicht, weil sein Schuldner auf den wirksam gewordenen Zuspruch vertraut und das Datum der Telegrammausfertigung für falsch hält. Schaden hat der Absender im ersten Falle dadurch erlitten, daß das Telegramm vielleicht sogar gegen seinen dem Empfänger gegenüber ausdrücklich erklärten Willen zugesprochen worden ist. Umgekehrt kann der Empfänger Schaden erleiden, ohne daß ihm solcher ersetzt wird, da dem Absender an einer Anfechtung der zugesprochenen Erklärung nichts liegt. Dabei hat der Erklärungsempfänger um keine Zustellung durch Fernsprecher nachgesucht, sondern stets um Zustellung einer Telegrammausfertigung gebeten. Die Zustellung durch Zusprechen ist nur aus der Beförderungsverpflichtung dem Absender gegenüber entsprungen, die die Deutsche Reichspost letzterem gegenüber übernommen hat. Eine Lösung auf Grund gesetzten Rechtes wird sich kaum finden lassen, da diese infolge des Telegraphenrechtes eigenartig gelagerten Fälle über den Rahmen des § 120 BGB hinausragen und auch eine Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluß wie wegen vorsätzlicher sittenwidriger Vermögensschädigung nicht verwirklicht wird. Denn ein Schaden ist eben nur durch die falsche Übermittlung infolge der Zustellung mittels Fernsprechers entstanden. Eine Schadensersatzpflicht auf eine unerlaubte Handlung insbesondere auf § 826 BGB zu gründen, dafür geben die Fälle höchst selten Anlaß. Mit dem Rechtsinstitut des Verschuldens beim Vertragsschluß können die Fälle gelöst werden, in denen der Empfänger nach der Telegrammausfertigung aber vor seiner Vertragserfüllung es unterläßt, die Unklarheiten durch Anfragen bei der Bestimmungsstation oder selbst beim Absender auszuräumen. Aber auch mit Verschulden beim Vertragsschluß kommt man hierbei dann nicht mehr aus, wenn vor dem Empfang der Telegrammausfertigung der Empfänger seine Tätigkeit beendet hat, oder wenn es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt.

Auf gesetzlicher Grundlage kann demjenigen, der infolge eines unrichtigen Zusprechens des Telegramms in derartigen Fällen einen Schaden erlitten hat, nicht geholfen werden. Andererseits erfordert es die Billigkeit, vor allem seine Interessen, daß er für die Einbuße, für die er nichts kann, Ersatz erhält. Für den erlittenen Schaden kann er dann nichts, wenn er ohne sein Zutun, jedoch auf Veranlassung seines Gegners die telegraphische Willenserklärung zugesprochen erhalten hat. Wodurch aber ist der Schaden entstanden? Eben dadurch, daß das Telegramm durch den Fernsprecher zugesprochen worden ist. Wäre keine Zustellung mittels Fernsprechers sondern eine Zustellung durch Boten erfolgt, so wäre das Telegramm richtig übermittelt worden, wie ja auch die Telegrammausfertigung richtig die Willenserklärung des Absenders wiedergibt. In der Benutzung des Fernsprechers zur Telegrammzustellung liegt

eine Erhöhung der Gefahr der Erklärungsübermittlung, da zumal bei der fernmündlichen Übermittlung von Ziffern Unklarheiten und Mißverständnisse viel häufiger zutage treten. In der Gefahrenvermehrung, der Gefahrsteigerung wäre der Rechtsgrund für eine Schadenshaftung zu erblicken. Denn derjenige, der die Irrtumsgefahr durch Zustellung mittels Fernsprechers gegenüber der gewöhnlichen Zustellung erheblich vermehrt, muß gehalten sein, den durch diese erhöhte Gefahr entstandenen Schaden zu ersetzen. Es ist nämlich in unserer Rechtsordnung ein nicht vereinzelt gebliebener Rechtssatz, daß die gegenüber den regelmäßigen Verhältnissen vermehrte Gefahr zu Lasten desjenigen gehen soll und muß, der sie in den Verkehr einführt. Dieser Grundsatz tritt am deutlichsten in dem sogen. qualifizierten Registerrecht des § 15 Abs. II letzter Halbsatz HGB in Erscheinung. Danach trägt derjenige die Gefahr, daß der Dritte eine vom Gewöhnlichen abweichende Tatsache trotz Registereintrages tatsächlich weder kannte noch hat kennen müssen und damit den aus dieser Tatsache entstandenen Schaden, dessen Sonderinteressen der Eintrag gedient hat. Da dieser Grundsatz häufig in unserer Rechtsordnung hervortritt und nicht eine Einzelerscheinung darstellt noch als Ausnahme gedacht ist, wird eine Verallgemeinerung gerechtfertigt sein[19]). Auf Grund dieses Grundsatzes, daß eine gegenüber den gewöhnlichen Verhältnissen vermehrte Gefahr zu Lasten des sie in den Verkehr Einführenden geht, ist der Schaden zu ersetzen, der durch Irrtümer und Mißverständnisse infolge des Zusprechens von Telegrammen entsteht. Voraussetzung für eine derartige Schadenshaftung wäre jedoch in jedem Falle, daß der Gegner des Schaden Erleidenden die Zustellung mittels Fernsprechers von der Postverwaltung ausdrücklich verlangt oder als Empfänger darum gebeten hat.

7. Abschnitt: Anhang.

Bei der Erörterung, ob ein Telegramm der gesetzlichen Schriftform genügen kann, ist allgemein davon auszugehen, was das Gesetz für die Schriftlichkeit überhaupt erfordert. Die dafür maßgebliche Bestimmung ist im § 126 BGB enthalten und besagt, „ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden". In Betracht kommt jedoch bei Telegrammen nur die erste Alternative des § 126 BGB, die Unterzeichnung eigenhändig durch Namensunterschrift. Eine Urkunde ist für das Privatrecht eine „schriftliche" Aufzeichnung der gesamten Erklärung einschließlich der Nebenabreden[1]). Nicht erforderlich ist es, wie allgemein anerkannt wird, daß die Urkunde vom Aussteller geschrieben oder mit Datum

19) Jung in Arch., Seite 79/80.
1) Oertmann § 126 Anm. 3a; Planck 3a; Planck § 126 Anm. 1.

und Ortsangabe versehen ist. Sie muß ferner eigenhändig unterzeichnet sein. Dieses Erfordernis wird aus rechtspolitischen Erwägungen gerechtfertigt. Mit der Unterschrift bekennt sich der Aussteller erst zu dem Inhalt des darüberstehenden möglichen Willensinhaltes als dem Ausdruck seines rechtsgeschäftlichen Willens. Sie bildet daher den „Markstein einer abgeschlossenen Willensbildung"[2]). Die eigenhändige Unterzeichnung der Namensunterschrift ist stets notwendig. Der Begriff der Eigenhändigkeit der Unterschrift besagt, daß letztere unter dem Einfluß körperlicher Tätigkeit und Einwirkung entstanden sein muß. Daher entspricht eine mechanische Leistung der Unterschrift durch Stempel und ähnliches nicht der Eigenhändigkeit. Das ist aus dem für Inhaberschuldverschreibungen geltenden § 793 Abs. II BGB zu entnehmen, wonach eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift genügt, dessen Aufnahme im Gesetz als offenbare Ausnahme ausdrücklich nötig war[3]). Aus dem Erfordernis der Unterschrift folgt, daß die Unterschrift unter dem Text sich befinden muß, da sie die ganze Erklärung decken soll. Wann sie erfolgen muß, ob erst nach dem Niederschreiben der Erklärung oder schon vorher auf die Urkunde gesetzt werden darf, ist nicht einheitlich beantwortet worden. Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß die Wirksamkeit der Erklärung von einer sogen. Blankettunterschrift nicht beeinflußt werde. In § 126 BGB will das Gesetz einer Partei nur den Weg weisen, wie sie sich schriftlich erklären könne und sagt ihr mithin nur, was sie tun, nicht was sie schon getan haben müsse[4]). Eine Erörterung dieser Streitfrage erübrigt sich jedoch, da es im Verkehrsleben wohl denkbar ist aber kaum der Fall sein wird, daß man ein Telegramm ohne Erklärung nur mit seinem Namen versehen einem anderen zugehen läßt. Eine Namensunterschrift muß die Urkunde zum Abschluß bringen. Eine nähere Bestimmung des Namensbegriffes ist in § 126 BGB nicht erfolgt. Eine eindeutige Auslegung des Wortes Namensunterschrift läßt sich auf Grund des Gesetzes nicht geben. Aus der Entstehungsgeschichte ist soviel zu entnehmen, daß die Unterschrift die Person des Ausstellers nur hinreichend zu kennzeichnen habe. Eine Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder der Firma ist nicht unbedingt zu fordern, da z. B. erlauchte Personen bei der Unterschrift sich nur des Vornamens zu bedienen pflegen[5]). Hiervon abzugehen und dem vermeintlichen Zweck des Gesetzes entsprechend eine Unterzeichnung in

2) Lehmann a.a.O. Seite 27.

3) h. M.: Oertmann § 126 3 3; Planck § 126 2b; OLG Band 2 Seite 255; Lehmann Seite 19. Wenn letzterer als Gegner angeführt wird, so entspricht das nicht seiner Ansicht. Zwar läßt er auf Seite 37 mechanische Unterschrift genügen, ohne jedoch auf § 126 einzugehen. In seiner Allgemeinheit ist seine Meinung jedoch für richtig zu erachten.

4) Lehmann a.a.O., Seite 112 ff.; Planck § 126 2d; Oertmann § 126 8a.

5) Motive I Seite 185.

jedem Falle mit vollem Namen d. h. mit Vor- und Zunamen zu verlangen[5]) würde jedoch eine Überspannung der tatsächlichen Verhältnisse bedeuten. Wie selbst anerkannt wird, wären sogar durch eine derartige mustergültige Unterzeichnung noch nicht alle Zweifel wegen der Unzulänglichkeiten aller menschlicher Einrichtungen auszuschließen[6]). Nach Wortlaut und Sinn der Gesetzesbestimmung sind derartig strenge Erfordernisse an die Namensunterschrift nicht zu stellen. Es wird dem Sinn des § 126 BGB entsprechen, wenn die Person des Ausstellers genügend bezeichnet ist, sodaß sie sich von anderen Trägern desselben Namens hinreichend genau unterscheidet. Was dafür erforderlich ist, ergibt sich aus den Umständen des einzelnen Falles[7]).

An den Begriff des Ausstellers knüpft sich die bekannte Streitfrage, ob die Unterzeichnung eines Vertreters mit dem Namen des Vertretenen der Schriftform genüge. Zweifellos ist es, daß ein Vertreter unter Hinweis auf sein Vertretungsverhältnis mit seinem eigenen Namen rechtswirksam die Urkunde unterschreiben darf. Das Vertretungsverhältnis kann sich auch aus dem Inhalte der Urkunde ergeben. Einer Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen aber hat die überwiegende Mehrzahl der Vertreter der Wissenschaft mit schwerwiegenden Gründen widersprochen, während vorwiegend die Rechtsprechung entgegengesetzter Ansicht ist. Sie steht einstimmig auf dem Standpunkt, die Unterschrift mit dem Namen des Vertretenen genüge, da anderenfalls der Unredlichkeit Tür und Tor geöffnet wäre[8]). Eine Schreibhilfe, die nur nach Diktat des Geschäftsherrn unterschreibe, könne dagegen nicht rechtswirksam für ihn eine Unterschrift leisten, da man sich zur Herstellung der Unterschrift eines anderen und zwar nur dessen mechanischer Dienstleistung bediene[9]). Der Standpunkt der Rechtsprechung ist jedoch nicht folgerichtig, da man in dem Auftrage des Geschäftsherrn, die Urkunde mit seinem Namen zu unterschreiben, regelmäßig auch eine Bevollmächtigung wird sehen müssen. Gibt man eine Erklärung für ihn ab, so bleibt man eben selbst das „Erklärungs"subjekt, ohne auch das Geschäftssubjekt zu sein. Man müßte daher mit seinem eigenen Namen zeichnen, um dem Erfordernis der Eigenhändigkeit gerecht zu werden. In der Leistung der Unterschrift mit dem Namen des Vertretenen liegt die den Tatsachen nicht entsprechende Behauptung, letzterer habe unterschrieben. Umgekehrt könnte der Vertretene leicht geneigt erscheinen, die Urkunde als Fälschung hinzustellen und damit

5) siehe vorige Seite.
6) Lehmann a.a.O., Seite 67.
7) Oertmann § 126, 3a; Planck § 126 2b; RG in Seuff Arch. Band 70, Seite 152 und 239; Jung Seite 604.
8) RG Band 50 Seite 57 ff.; Band 74 Seite 69 ff. (Plenarentscheidung);
9) RG Band 81 Seite 2.

wirkungslos zu machen. Ein Verkehrsbedürfnis kann daher nicht anerkannt werden. Damit kann aber unmöglich den Anforderungen des Verkehrs gedient sein[10]). Auch aus rechtspolitischen Gründen ist der Ansicht nicht stattzugeben. Die Unterschrift dient nicht nur als Kennzeichen der Vollendung sondern vorwiegend der Feststellung des Urhebers der Urkunde. „Die Handschrift ist so tief in dem Einzelwesen und in seiner geistigen Art verankert, daß selbst die nach Verlust des rechten Armes mit dem linken neu erlernte Schreibkunst die kennzeichnenden Züge der Handschrift des Betreffenden wieder aufweist." Sie bildet daher ein zuverlässiges Merkmal für die Identität der Person[11]). Ebenfalls ist es abzulehnen, daß sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Gewohnheitsrecht gebildet habe, inhalts dessen der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen wirksam unterzeichnen könne[12]). Von einem Gewohnheitsrecht läßt sich jedoch erst dann sprechen, wenn man sich nach einer gewissen Dauer der Rechtsübung an den neuen Rechtszustand gewöhnt habe, sodaß man die unvermittelnde Geltendmachung der Gegenmeinung als nicht mehr dem Rechtsempfinden entsprechend betrachten würde. Solange aber der überwiegende Teil der Rechtslehre auf der gegenteiligen Auffassung beharrt, kann man von der Ausbildung eines Gewohnheitsrechtes nicht reden[13]).

Die Erfordernisse der Schriftform in § 126 BGB dienen wie jede Formvorschrift verschiedenen Zwecken. Zunächst sollen die Partei oder bei einem Vertrage die Parteien vor Übereilung geschützt werden. Sie soll noch einmal Zeit haben, um den Sinn und Inhalt der Erklärung und ihre Rechtsfolgen klar zu überschauen. Ferner wird durch die Schriftform bezweckt, einen eindeutigen und vollständigen Willensausdruck zu schaffen und die Vorverhandlungen vom endgültigen Geschäftsabschluß zu trennen. Als letzter Grund für das Formerfordernis der Schriftlichkeit wäre die Sicherung des Beweises anzuführen. Der Beweisvorteil gegenüber anderen formfreien Erklärungen liegt in der besseren Individualisierung der Person, die sich durch ihre Unterschrift als Urheber der Erklärung zu erkennen gibt[14]).

Das Telegramm entspricht nun im allgemeinen weder der Schriftlichkeit des § 126 BGB noch den Zwecken dieser Formvorschrift. Durch eine telegraphische Übermittlung einer Willenserklärung kann die gesetzliche Schriftform regelmäßig nicht gewahrt werden, auch dann nicht, wenn der Absender die Telegrammurschrift selbst mit seinem Namen unterschreibt. Das ergibt sich durch einen

10) Oertmann a.a.O.
11) Jung Seite 605; Oertmann a.a.O.; Lehmann Seite 53.
12) So Dernburg § 136 III 4 a. E.
13) Jung a.a.O.; Oertmann § 126 3a; dagegen ferner allgemein Lehmann
14) Lehmann Seite 51 ff.

zwingenden Umkehrschluß aus § 127,2 BGB, der nur für die gewillkürte Schriftform unter ausdrücklicher Hervorhebung eine telegraphische Übermittlung für genügend erachtet[15]). Auch die durch das Erfordernis der Schriftlichkeit verfolgten Zwecke treten bei der telegraphischen Willenserklärung nicht mehr in Erscheinung. Weder können infolge des knappen Inhaltes klare und vollständige Willensausdrücke geschaffen noch die Vorverhandlungen von dem endgültigen Geschäftsabschluß völlig getrennt werden. Vor allem aber geht der Vorteil der besseren Klarstellung der Person des Ausstellers verloren, der in den Schriftzügen der Unterzeichnung liegt. Seine in der Telegrammurschrift persönlich vollzogene Unterschrift wird nicht mitübermittelt. In der Ausfertigung erscheinen nur die Schriftzüge des ausfertigenden Beamten. Das Telegramm genügt daher im allgemeinen nicht der gesetzlichen Schriftform, da ihre Zwecke, Schutz des im Geschäftsverkehrs weniger Erfahrenen, keine ausreichende Verwirklichung finden.

Unter Kaufleuten wird man jedoch eine telegraphische Willenserklärung dem Erfordernis der Schriftlichkeit dann für genügend zu erachten haben, wenn der Erklärende die Telegrammurschrift persönlich unterzeichnet hat. Zur Rechtfertigung dieser Meinung mag zunächst davon ausgegangen werden, daß der Handelsverkehr weniger streng an Formvorschriften gebunden ist. Die im allgemeinen mit der Schriftlichkeit verfolgten Zwecke fallen im Verkehr unter Kaufleuten fast gänzlich fort. Das zeigen die Bestimmungen für die Bürgschaftserklärung, das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Ferner ist der in der eigenhändigen Unterschrift liegende eigentliche Zweck der Schriftlichkeit, die Beweissicherung des Urhebers einer Willenserklärung zu ermöglichen, gegenstandslos geworden, nachdem nun einmal die gesamte Rechtsprechung trotz heftigen Widerspruchs der Rechtslehrer den Grundsatz zugelassen hat, daß der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen rechtswirksam unterzeichnen dürfe. In Anlehnung an diesen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verfolgten Rechtssatz wird man von einer strengen Auslegung der Schriftlichkeit im Handelsverkehre daher dann abweichen dürfen, wenn der Aussteller persönlich die Telegrammurschrift unterzeichnet. Dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift ist insoweit Genüge getan, als ja der Erklärende die Urschrift unterschreibt und letztere eine gewisse Zeit bei der Postverwaltung aufgehoben wird. Von einer Aushändigung der unterzeichneten Erklärung an den Erklärungsempfänger kann man im Hinblick darauf und auf die fortschreitende Entwicklung der Rechtsprechung absehen. Auf dem Wege der freieren Behandlung des Erfordernisses der Schriftform unter Kaufleuten liegt auch das dem Erlaß des Bür-

15) h. M.: Oertmann § 126 Anm. 3b; Staub § 350 Anm. 60 III; OLG Kiel in Schles.-Holst. Anz. 1915 Seite 102. Anderer Ansicht teilweise Dernburg § 136 III 7.

gerlichen Gesetzbuch nachfolgende Börsengesetz. Es erkennt ausdrücklich an, daß ein Telegramm der Schriftlichkeit genügt. In § 54 Abs. VI bestimmt es nämlich, daß zur Wahrung der schriftlichen Form die telegraphische Übermittlung einer Willenserklärung ausreiche, die eine bestellte Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften zum Inhalte habe. Es erscheint daher gerechtfertigt, das Telegramm der gesetzlichen Schriftform unter Kaufleuten unter der Voraussetzung genügen zu lassen, daß der Aussteller die Telegrammurschrift persönlich unterzeichnet.

Lebenslauf.

Am 4. November 1908 wurde ich als Sohn des Lehrers Friedrich Walter und seiner Ehefrau Marie geb. Bartholomeyzik, in Johannisburg geboren. Nach Verlust des Schuljahres 1914/15 infolge des Russeneinfalles besuchte ich als Vorschule die Volksschule und die Höhere-Mädchen-Schule. Hieran anschließend kam ich auf das Realprogymnasium Johannisburg, das ich Ostern 1925 mit der Reife für Obersekunda verließ. Die Reifeprüfung bestand ich am Hindenburg-Realreformgymnasium zu Ortelsburg Ostern 1928.

Studiert habe ich seit dem S.-Semester 1928 an den Universitäten Breslau und Marburg. Vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel bestand ich am 13. Mai 1933 die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 15. November 1933 befinde ich mich in der Ausbildung im Oberlandesgerichtsbezirk Königsberg.